

和仏法律学校講義録

若槻, 禮次郎 / 高橋, 作衛 / 塚田, 達二郎 / 中島, 玉吉 /
竹井, 耕一郎

(出版者 / Publisher)

和仏法律學校

(巻 / Volume)

1-10

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

45

(発行年 / Year)

1902-03-20

(明治三十四年十一月四日第三號發售認可 每月二回
明治三十五年三月二十日發行)

三十五年度 第一學年

和佛法律學校講義錄



和佛法律學校發行

第拾號



第一學年第十號目次

法學通論	(自一九四至二四)	法學士 中島 玉吉
憲法	(自二七至二八)	法學士 竹井耕一 郎
民法總則	自第一章(自七七)至第三章(自八四)	法學士 塚田達二 郎
民法總則	自第四章(自三五)至第六章(自五四)	法學士 若槻禮次 郎
國際公法(非常)	(自四七至七〇)	法學博士 高橋 作 衛

雜報 ○講談會○高等科擔任講師ノ變更○第二年度編入試験

090
1902
1-1-10

ニ適用セザルハ不遑及ノ法律ヲ遑及效アリト解スルト其沒理有害ナルニ於テ選フ所ナシ故ニ此原則ハ之ヲ解釋上ノ原則ト認ムルモ猶ホ絕對ナル能ハサルナリ

之ヲ要スルニ法律不遑及ノ原則ハ立法並ニ解釋ニ共通ノ原則ナリ唯其性質ニ至リテハ絕對的ノモノニ非スシテ必要已ムヲ得サル場合ニハ之カ例外ヲ認ムヘキノミ

第二 處ニ關スル法律ノ效力

一國ノ主權ハ其臣民ニ對シテ行ハルルト同時ニ一定ノ區域ヲ限リテ行ハルルモノナリ故ニ甲國ノ臣民乙國ニ在留セハ何レノ主權ニ服從スヘキカ甲國ヨリ觀レハ自國ノ臣民ナリ乙國ヨリ觀ルモ又自國內ノ住民ナリ故ニ其在留人ハ甲乙兩國ノ法律ニ依リ支配セララルヘキカ如シ然レトモ此ノ如クセハ嘗ニ其人歸適スル所ヲ知ラサルノミナラス忽ニシテ甲乙兩國ノ間ニ主權ノ衝突ヲ來シ國際ノ紛争ヲ醸スニ至ラン此問題ヲ解スルハ實ニ國際私法ノ任トスル所ナリ昔時交通ノ便未タ開ケス權利ノ觀念尙ホ起ラサル時代ニ在リテハ此ノ如キノ問

法律通論 本論 法律 法律ノ效力

題ハ生スルコト頻繁ナラス否時時起ラサルニ非スト雖モ往往ニシテ等閑ニ付セラレタリ蓋シ往昔ニ在リテ一國ノ人民カ他國內ニ在住スルハ戰爭ノ爲メニスルニ非サレハ則チ宗教上ノ交通ナリ前者ニ在リテハ法律上ノ觀察ヲ容ルルヲ許サス後者ニ在リテハ權利ニ關スル紛争ヲ生スルコト極メテ稀ナリシナリ然ルニ近世ニ在リテ諸國人民互ニ相往來スルハ貿易商業ノ爲メニスルモノ極メテ多キヲ占ム此ニ至リテ國際私法ノ問題ハ頻頻トシテ起リ且極メテ重要ナル事項ト爲レリ其變遷ノ跡ヲ尋スルニ大凡三時期アルモノノ如シ

一 屬人主義

屬人主義ハ羅馬以來行ハレタル所ニシテ法律ハ人ニ追隨スルモノナリ其何處ニ在ルヲ問ハス必ス所屬國法ノ支配ヲ受クヘシト云フニ在リ之ヲ實例ニ據リ說明センカ羅馬時代ニ在リテハ數多ノ市府ハ皆獨立シ獨立ノ主權ヲ有シ又獨立ノ法律ヲ有セリ此ノ如キ社會ノ狀態ニ於テ甲市ノ民乙府ニ住センカ依然トシテ甲市法ノ支配ヲ受ケ乙府ノ法ノ保護ニ與ルコトヲ得ザリシナリ即チ甲市ノ法律ハ徹頭徹尾其市民ニ追隨シ法ハ恰モ其人ニ附著スルカ如キ觀ヲ呈セリ

是レ屬人主義ノ名ノ由リテ起ル所以ナリ學者之ヲ說明シテ曰ク法律ハ人及ヒ土地ニ對シテ行ハル主權ノ目的ハ人民及ヒ領土ニ在リ而シテ人民主權ハ主ニシテ領土主權ハ從ナリ從ノ主ニ優ラサルハ事理ノ明白ナル所是レ即チ法ハ人ニ追隨スル所以ナリ且又箇人ノ側ヨリ觀察スルモ在外人ト雖モ其本國法ノ保護ヲ受クルニ非サレハ十分ナル幸福ヲ享有スルコト能ハサルヘシト其說明一理ナキニ非サレトモ今日ノ時勢ニ在リテハ一國ノ安寧上若クハ私人ノ便宜上多クノ例外ヲ認メサルヲ得ス例外頻頻トシテ起リ例外却テ本則ト爲ルノ奇觀ヲ呈スルカ故ニ以テ根本ノ主義ト爲スヲ得サルナリ況ヤ屬人主義ハ一國內ニ外國法ノ行ハルヲ原則ト認ムルカ故ニ近世法律ニ於ケル主權ノ觀念ト合セス主權ハ圓滿ニシテ絶對ナリ其法律ハ國中ヲ通シテ無制限ニ行ハレサルヘカラス然ルニ在留ノ外人ニ對シテハ其國法行ハレス本國法行ハルモノトセハ是レ豈ニ主權ノ性質ニ反スルモノニ非ザラン

二 區別法主義

區別法說ハ法律ヲ二大部分ニ區別シ屬人法ト屬地法ト爲シ屬人法ハ本國法ニ

從フモノト爲シ屬地法ニ關シテハ所在國ノ法ニ服スヘキモノト爲ス其說セ一見頗ル便宜ニシテ萬般ノ難問解盡セルカ如キ觀アリト雖モ之ヲ實際ニ適用スルニ當リテハ何レカ屬人法ニシテ何レカ屬地法ナルカ之ヲ甄別スルコト頗ル難ク其標準ヤ到底明確ナル能ハサルナリ是レ實ニ此主義ノ缺點ナリトス且ヤ一定ノ主義ナキヲ以テ何故ニ法律ヲ二分スヘキカ其理由ヲ明カニスルコト能ハサルナリ

三 屬地主義

最モ能ク理論ニ合シ且實際ニ適スルモノハ屬地主義ナツト信ス屬地主義トハ甲國人乙國ニ在ラハ乙國ノ法ニ依リテ支配サルルヲ原則ト爲スモノヲ謂フ抑モ法律ハ主權ノ活動ナリ主權ノ及ハサル處ハ即チ法律ノ及ハサル處ナリ主權ノ行ハルル處ハ即チ法律ノ行ハルル處ナリ主權ノ行ハルル處之ヲ稱シテ領土ト謂フ故ニ法律ハ領土全體ニ行ハレサルヘカラス主權ノ行ハレサル處之ヲ稱シテ國境外ト謂フ故ニ法律ハ決シテ國境外ニ行ハルルコトナシ約言スレハ法律ノ行ハルル範圍ハ國境ト正ニ相一致セサルヘカラス彼ノ屬人法主義ノ論者

カ人民主權ハ主ニシテ領土主權ハ從ナリト説クカ如キハ明カニ主權ノ觀念ヲ誤解セルモノナリ主權ハ元來一ナリ所謂領土ナルモノハ主權ノ行ハルル範圍ナリ其人民ニ對スル統治ノ關係ト領土ノ觀念トハ同一ニ非ス其間輕重ノ差別アルコトナシ一ヲ愛シテ他ヲ排スルノ理ナシ論者或ハ曰ク屬地主義ハ封建ノ餘風ヲ帶ヒ外國人ヲ輕スルモノナリト然レトモ此論當ラサルヤ明クシ外國人ヲ優待スルト否トハ外國人ニ權利ヲ與フルノ多少ニ由リテ決ス屬地主義ハ豈ニ外國人ニ權利ヲ與フヘカラスト云フモノナランヤ唯外國人ノ享有スル權利ハ所在地法ノ與フル所ニシテ其本國法ニ依ルモノニ非スト云フノミ例ヘハ彼ノ身分及ヒ能力ハ本國法ニ從フ原則ノ如キモ身分及ヒ能力ニ關スル外國法カ我國內ニ當然行ハルト云フニ非スシテ我國法ニ依リテ身分及ヒ能力ニ關シテハ其本國法ニ於ケルト同一ノ保護ヲ與フト云フニ過キス故ニ外國人ノ優待ト否トニ關スル問題ハ全ク別異ナリ要スルニ一國ノ法律ハ其國境ヲ出テス又一國ハ他國ノ法律カ其國內ニ行ハルルヲ許サス法境ト國境トハ同一ナラサルヘカラスト云フニ在リ

領土ハ即チ法律ノ行ハルル範圍ヲ定ムルモノナルカ故ニ茲ニ領土ヲ定ムル法ニ付キ一言スルモ必スシモ其處ヲ失ハサルヘシ領土ヲ定ムルニ人爲の分界ニ依ルモノト自然的分界ニ依ルモノトアリ人爲的分界トハ經度及ヒ緯度ニ據リテ定ムルモノヲ謂フ自然的分界トハ山川湖沼等自然ノ地形ニ據リテ分ツモノヲ謂フ又或ハ國境ノ相觸接セザランカ爲メニ間地ヲ設タルコトアリ蓋シ間地ヲ置タハ國際間ノ紛争ヲ生セザラシメンカ爲メナリ領土ハ又陸地ノミニ限ラス所謂領水ナルモノヲ含ム領水ハ河口港灣内海及ヒ陸上ヨリ權力ヲ行ヒ得ヘキ水面ノ一部ヲ包含シ陸地ト同シタ一國ノ主權ニ服ス隨テ法律ノ行ハルル範圍タリ一國ノ主權ニ屬セサル海面ヲ稱シテ公海ト謂フ大洋是ナリ公海ハ萬國民ノ自由ニ交通スル通路ニシテ一國ノ獨占ヲ許サス第十六七世紀ノ頃ニ在リテハ西班牙英吉利ノ如キ海運ノ發達シタル國カ公海ノ專有ヲ主張シタルコトナキニ非サレトモゾローチアスニ度公海自由ヲ唱ヘテヨリ復タ公海專有ヲ主張スル者ナシ

一國法律ノ行ハルル區域ハ既ニ之ヲ略述セリ即チ原則トシテ一國ノ領土全體

ニ及フヘキモノナリ然ルニ此原則ニ對シ種種ノ例外アリ左ニ其主ナルモノヲ示サン

(一) 外國公使館 國法ハ外國公使館内ニ行ハレス例ハ公使館内ニ犯罪アリト雖モ捕吏ハ直チニ其犯罪者ヲ逮捕スルヲ得ス先ツ公使ノ承諾ヲ得ルヲ要スルカ如シ此例外ノ由リヲ生スル所以ハ公使ハ一國ヲ代表シテ駐在スルモノナルカ故ニ相互的ニ其身體住居ヲ尊重シ以テ其帶アル所ノ外交上ノ任務ヲ全ウセナルヘカラスト云フニ在リ殊ニ外交上ハ秘密ヲ要スルコト頗ル多ク公使館ハ其秘密書類ノ藏セラルル處ナルカ故ニ若シ内國官吏肆ニ闖入シテ搜查ヲ爲スコトヲ得トセハ國際ノ關係ヲ圓滿ナラシムルコト能ハサルニ至ラン是レ此例外アル所以ナリ

(二) 軍艦 領水モ亦一國ノ法律ノ及フ範圍ナルコト既ニ之ヲ述ヘタリ甲國ノ商船乙國ノ領水内ニ碇泊スルトキハ沿岸國ノ法律ニ服スルコト猶ホ陸上ニ在ル外國人カ其所在國法ニ從フト異ナルナシ然レトモ軍艦ハ之ニ反シテ他國ノ領水内ニ在リト雖モ其國法ニ從ハス依然トシテ其本國法ニ依ル例ハ軍艦内

ニ犯罪人アリト雖モ其本國法ヲ支配ヲ受ク學者此例外ヲ設クル理由ヲ説明シ
 テ曰ク軍艦ハ領土ノ延長ナリト但今日ハ此ク如キ擬制ヲ以テ説明ヲ試ムルノ
 必要ナシ寧ロ明快ニ國際ノ紛争ヲ生セザラシメンカ爲メナリト説クニ如カス
 (三) 治外法權 治外法權トハ國ノ一部ニ於テ自國ノ法律ヲ行ハス外國法律ノ
 行ハルルヲ謂フ此ノ如キハ固ヨリ變則極マル所ナレハ理論上當然ニ此ノ如キ
 權アルコトナク總テ二國間ノ條約ニ基クモノナリ治外法權ハ其由來スル所頗
 ル遠ク且現代ニ於テモ土耳其支那朝鮮其他東洋ノ諸國ニ行ハルル所ナリ我國
 ノ如キモ數年前マテハ仍ホ此制度ヲ認メサルヲ得ザリキ治外法權ヲ設クル理
 由ニ至リテハ諸國必スシモ一ナラスト雖モ概言スレハ二國間ノ宗教法律其他
 社會上ノ制度狀態ノ著シク異ナレルニ起因スト云フ至當トス例ヲ土耳其ニ
 探リテ説明ヲ試ミンカ土耳其ハ同回教國ナリ諸般ノ法律制度ハ皆其宗教上ノ
 臭味ヲ帶ヒ且耶蘇教徒排斥ノ風旺ナリ故ニ耶蘇教國人ニシテ土耳其ニ至リ其
 國法ニ服ストセンカ諸般ノ壓抑ニ會ヒ到底満足ナル幸福ヲ享有スルコト能ハ
 ナルナリ此故ニ治外法權ノ制ヲ設ケ在留外人ニ對シテハ自國ノ法ヲ行ハサル

ヲ約シタルモノナリ其他東洋諸國皆宗教及ヒ道德ノ觀念ニ於テ著シク歐米人
 ト異ナルカ故ニ彼等ハ其幸福及ヒ權利ヲ擔保センカ爲メニ治外法權ノ制ヲ設
 ケタルモノナリ治外法權ノ國ニ在リテ最モ困難トスル所ハ内外人交渉事件ナ
 リ然レトモ治外法權ハ本來特別ノ條約ニ基クカ故ニ大抵右ノ如キ場合ニハ何
 レノ國法ニ依ルヘキカヲ條約中ニ定ム或ハ兩國ヨリ裁判官ヲ出シテ混合裁判
 ノ制ヲ設クルコトアリ

第三 人ニ關スル法律ノ效力

一國ノ法律ハ其臣民ナルト將タ又外國人ナルトヲ問ハス總テ其領土内ニ居住
 スル人ニ對シテ行ハルルモノナリ此原則ニ付テハ敢テ説明ヲ要セス前段述
 タル所ニ據リテ推考スレハ自ラ明カナリ但此原則ニ對シテハ左ノ例外アリ
 (一) 外國ノ君主及ヒ大統領 外國ノ君主又ハ大統領カ觀光其他ノ目的ノ爲メ
 ニ來遊スル場合ニ在リテハ之ニ對シテ國法ヲ適用セス是レ專ラ國際ノ情誼ニ
 基キ來遊ノ貴賓ヲ優待センカ爲メニ外ナラサルナリ
 (二) 駐在ノ公使及ヒ其他ノ外交官 駐在ノ公使及ヒ其他ノ外交官ニ對シテハ

國法ヲ適用セス其理由ノ一半ハ既ニ之ヲ土地ニ關スル例外トシテ外國公使館ナル題目ノ下ニ述ヘタリ然レトモ土地ニ關スル例外ト人ニ對スル例外トハ之ヲ混合スヘカラス前者ニ在リテハ公使館員以外ノ者ニ對シテモ猶ホ其者カ館内ニ在ル間ハ法律ヲ執行スルヲ得ス後者ニ在リテハ公使其他ノ外交官ニ對シテハ縱令公使館以外ニ在ル間ト雖モ之ニ對シテ法ヲ行フヲ許サス二者ノ間ニ差異アルコト明カナリ外交官ニ對シテ此特例ヲ設クル所以ノモノハ公使ハ一身外國ニ在リテ重大ノ國務ヲ帶ヒ主權ヲ代表シテ國交ヲ修ムルモノナレハ相互ニ此ノ如キ寬典ヲ與フルニ非サレハ國際ノ關係ヲ圓滑ナラシムルコト能ハサルカ故ナリ猶ホ此特例ハ外交官ノ妻孥ニ及フ蓋シ其妻子ニシテ危害ニ陷ルトキハ人情トシテ冷靜事ヲ處理スルコト能ハス精神上ノ壓抑ヲ被ルカ故ニ斯ルコトナカラシメンカ爲メナリ

終ニ臨ミテ一言スヘキハ法律ハ主權者ニ對シテ效力ヲ及ホササルヤ否ヤノ問題是ナリ國家ハ最高權者ナリ國家ハ法律ノ制定者ナリ其力ハ自由ニ法律ヲ改廢スルニ足ル國家ノ地位ハ法律ノ上ニ在リ故ニ法律ノ支配ヲ受クルコトナシ

トハオースチン其他多數學者ノ唱道スル所ナリ英國ノ法律格言ニ國王ニ不正ナシト云フモ亦又此趣旨ニ外ナラス然レトモ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ國家カ絕對ノ力ヲ有シ法律ノ上ニ位スルハ事實上ノ觀察ナリ法治國ノ觀念ニ在リテハ臣民ト國家トノ關係ハ法規ニ依リテ定マリ臣民カ法規ヲ破ルコト能ハサルト同シク國家モ亦自ラ定メタル法規ニ依リテ拘束サルモノナリ例ヘハ國家カ公用ノ爲メニ私人ノ土地ヲ徵收スル場合ニ在リテハ國家ハ賠償ノ義務ヲ負擔セサルヘカラス其徵收ノ權利及ヒ賠償ノ義務ハ皆自ラ定メタル公用徵收法ニ由リテ生シタルモノト謂フヘシ故ニ法律ハ其制定者タル國家自身ニ對シテモ亦效力ヲ及ホスモノト謂フヘシ

第七節 法律ノ制裁

第一款 制裁ノ觀念

制裁ハ極メテ廣義ニ於テハ或規則ノ效力ヲ確保スル手段ナリト稱シテ可ナリ宗教上ノ規則ヲ確保スル爲メニハ宗教上ノ制裁アリ政治上ノ公徳ヲ維持スル

爲メニハ政治上ノ制裁アリ道德上ノ規則ヲ支持スル爲メニハ道德上ノ制裁アリ此等ノ手段皆之ヲ制裁ト稱スル敢テ當ラサルニ非サレトモ茲ニ法律ノ制裁ト稱スルハ法律ノ效力ヲ確保スル手段ナリ

法律ノ效力ヲ確保スル爲メニハ二様ノ方法アリ一ハ即チ違奉者ニ對シテ懲賞ヲ與フルニ在リ二ハ即チ違反者ニ對シテ苦痛ヲ與フルニ在リ違奉者ニ對シテ懲賞ヲ與フルモ法ノ效力ヲ確實ナラシムルノ手段ト爲ラサルニ非ス往昔ニ在リテハ屢此ノ如キ方法ヲ用ヒタルコトアリ今日ニ在リテモ各種ノ獎勵法ハ猶ホ此ノ如キ性質ヲ具有スルモノ歎カラスト雖モ褒賞ハ制裁ナル文字ノ意義ニ適合セス〔サンクシヨン〕ナル語ハ必スシモ苦痛ノミヲ意味スルモノニ非サレトモ普通ノ觀念ニ合セス且其效果微弱ナルカ故ニ制裁トシテハ今日用ヒラレタルニ至レリ極メテ適切ナル意味ニ於テハ制裁ハ違法者ニ加フル苦痛ナリト解スルヲ至當トス夫レ制裁ハ苦痛ナルカ故ニ苦痛快樂ヲ區別スル知覺ヲ有セタル者ニ對シテハ加フル能ハサルハ勿論ナリ而シテ又苦痛トハ必スシモ肉體上ノ苦痛ノミヲ指スモノニ非スシテ廣ク精神上ノ苦痛ヲ包含スルモノナルコ

トハ特ニ留意セサルヘカラサル所ナリ

制裁ハ又國家カ違法者ニ加フル苦痛ナラサルヘカラス羅馬時代ニ在リテハ債權者ハ辨濟ヲ怠リタル債務者ヲ拘禁シ奴隸トシテ外國人ニ賣渡シタルハ人ノ能ク知ル所ナリ其他我國ニ在リテモ被害者ヲシテ直接ニ加害者ニ對シテ報仇ヲ爲サシメタルノ實例ハ比較的近代マテ存シタリ然レトモ今日文明ノ諸國ニ在リテハ制裁ノ權ハ國家之ヲ一手ニ收メ決シテ私人ヲシテ肆ニ制裁ヲ加フルコトヲ許サス制裁ヲ加フルノ權ハ國家唯リ專ニスル所ナリ又違法者ハ往往ニシテ自然ノ苦痛ヲ被ルコトアリ例ヘハ瀛車ノ進行中ニ昇降スルハ法ヲ禁スル所ナリ然レトモ猶ホ之ヲ顧ミスシテ昇降スルトキハ或ハ四肢ヲ折衝スル等甚シキ苦痛ヲ受クルコトアルハ勿論ナリト雖モ此ノ如キノ苦痛ハ之ヲ制裁ト稱スルヲ得ス何トナレハ國家カ違法者ニ加ヘタルモノニ非サレハナリ

之ヲ要スルニ制裁ノ目的ハ法律ノ效力ヲ確保スルニ在リ其性質ハ違法者ノ受タル苦痛ナリ而シテ之ヲ加フル者ハ國家ナラサルヘカラス故ニ制裁ノ定義ヲ試ムルトキハ〔制裁トハ法律ノ效力ヲ確保スル爲メニ國家カ違法者ニ加フル苦

痛ナリト謂フコトヲ得ヘシ
 論者或ハ曰ク制裁ハ苦痛其モノヲ謂フニ非ス苦痛ヲ與ヘントスル威嚇即チ制
 裁ナリト此論固ヨリ一顧ノ値ナキニ非サレトモ論者ノ説ニ依レハ肉體上ノ苦
 痛ハ即チ制裁ニ非スト謂ハサルヘカラサルニ至ルカ故ニ予ハ此説ニ贊スルコ
 ト能ハサルナリ
 制裁ノ限度ハ立法上極メテ重要ナル問題ニシテ法ノ良否ノ岐ルル要點ナリ試
 ニ其最低限及ヒ最高限ニ分テテ之ヲ論センカ制裁ハ決シテ違法者カ違法ニ因
 リテ受クル利益ヨリ下ルヲ得サルナリ若シ違法ニ因リテ受クル苦痛カ違法ニ
 因リテ受クル利益ヨリ小ナルトキハ世人ハ其苦痛ト利益トヲ較量シテ制裁ヲ
 受クルコトヲ覺悟シツツモ法ヲ破ルニ至リ制裁ハ全ク其目的ヲ達セス法律ノ
 效力ヲ確保スルコト能ハサルニ至ラン例ヘハ税法ニ違反スル者アル場合ニ其
 違反者ノ受クル苦痛カ其通脱シタル税額ヨリモ少キ場合ニ在リテハ世人ハ皆
 舉クテ税法ニ反スヘシ又刑法ニ於テモ假ニ竊盜ヲ爲ス者ハ五十圓ノ罰金ニ處
 スト規定セリトセハ五十圓以下ノ贓物ヲ得タル者ハ差引損失ヲ受クト雖モ五

十圓以上ノ金額ヲ竊取シタル者ハ罰金額ヲ價ヒテ猶ホ餘裕アルヘシ故ニ竊取
 フ禁スルノ目的ハ到底達スルヲ得サルナリ是レ其刑輕キニ失スルニ因ル故ニ
 曰ク制裁ノ最低限ハ違法ニ因リテ違法者カ受クル利益ヨリ下ルヲ得スト
 制裁ノ最高限ニ付テ論センカ制裁ハ其性質ニ於テ苦痛ナリ國民ニ苦痛ヲ與フ
 ルハ國家ノ眼ヨリ觀察スレハ如何ナル場合ニ於テモ損失或ハ不利益ナラサル
 ヘカラス而モ猶ホ違法者ニ對シテ制裁ヲ加ヘ苦痛ヲ與フルハ一般ノ利益上已
 ムヲ得サルニ出ツルモノナリ故ニ制裁ノ最高限ハ國家カ違法ニ因リテ受クル
 一般ノ損失ト違法者ニ苦痛ヲ與ヘテ受クル不利益トヲ較量シテ之ヲ定メサル
 ヘカラス即チ違法者ニ苦痛ヲ與ヘテ受クル不利益ハ違法ニ因リテ受クル不
 利益ヨリ大ナルヲ得サルナリ例ヘハ公道ニ於テ放吟スル者ハ死刑ニ處ストセン
 カ公道ニ於テ放吟スルハ固ヨリ法ノ禁スル所ナリト雖モ月明カナルノ夕花開
 クノ朝ニ在リテハ願思自然ニ動キ往往ニシテ國家有用ノ人物ト雖モ仍ホ法網
 ニ觸ルルコトナシト謂フヘカラス此ノ如キ人物ヲ皆死刑ニ處セハ國家ノ失フ
 所ハ放吟ニ因リテ失フ所ヨリ頗ル大ナリ即チ是レ其刑重キニ失スルモノナリ

右ノ如ク制裁ノ限度ハ自ラ明カナリ此範圍内ニ於テ適當ノ制裁ヲ設クルハ立
法上極メテ重要ナル事項ナリトス其下限ニ於テハ民ヲシテ利害ヲ打算ヲ爲サ
シメタルヲ主トシ其上限ニ於テハ國家ハ常ニ利害ヲ打算ヲ爲スコトヲ要スル
モノナリ

制裁ノ種類ニ付テハ其類多シ(一)直接制裁(二)種極制裁(三)消極制裁(四)刑事
制裁(五)民事制裁是ナリ

(一)直接制裁及ヒ間接制裁 直接制裁ハ又之ヲ終局制裁ト稱ス終局制裁ハ更
ニ制裁ヲ包含セサルモノヲ謂ヒ間接制裁ハ更ニ制裁ヲ包含スルモノヲ謂フ例
ヘハ他人ノ所有物ヲ破毀シタル者ハ損害賠償ノ義務ヲ負擔ス是レ間接制裁ナ
リ若シ其義務ヲ履行セザルトキハ訴追ヲ受ケ裁判所ハ若干ノ金額ヲ支拂フヘ
キコトヲ命ス是レ亦間接制裁ナリ若シ期日ニ其金額ヲ支拂ハザルトキハ軌違
吏ハ強制執行ヲ行フ之ヲ終局制裁ト謂フ終局ノ制裁ハ其文字ノ示ス如ク終局
ニシテ更ニ制裁ヲ包含スルコトナシ又例ヘハ他人ノ身體財産ニ對シ危害ヲ及
ボス恐アルトキハ之ニ對シテ裁判所ハ禁令ヲ發ス禁令ハ間接制裁ナリ若シ禁

爲ス場合ニハ法律ニ依ラスシテ行フコトヲ得ルト云フニ歸ス然レトモ憲法ノ
規定ハ何故ニ行政上ノ制限ヲ含マサルヤ其論據ノ存スル所ヲ知ルニ苦ム或學
者ハ行政警察ノ基礎ヨリ立論シテ曰ク警察權ノ基ハ國家ト臣民トノ根本的關
係ニ存ス法律ヲ待チテ存スルモノニ非ス抑モ臣民ハ其身分ヨリシテ當然一國
ノ安寧秩序ヲ破ラザル義務アリ

國家ハ又當然ノ作用トシテ一國ノ安寧秩序ヲ維持スルカ爲メニ此臣民ノ根本
的義務ヲ強制スルコトヲ得サルヘカラス此ノ如キ關係ハ法律ヲ待チテ起
ルモノニ非ス言フ換フレハ國家ハ法律ニ依ラサルモ仍ホ行政警察ノ働ヲ爲シ
得サルヘカラス畢竟此憲法ノ條文ハ行政上ノ制限ニ非ス司法上ノ制限ノミヲ
規定シタルモノナリト

然レトモ若シ此論法ヲ用フレハ行政上ノ制限及ヒ司法上ノ制限ハ皆法律ヲ要
セスト謂ハサルヘカラス何トナレハ司法上ノ制限ト雖モ同シタ一國ノ安寧秩
序ヲ維持スル國權當然ノ作用ナルカ故ニ法律ニ依ラズシテ行ヒ得ト云フコト
ト爲レハナリ此論結ノ穩當ナラサルヤ明カナリ今日立憲國ノ制度ニ依レハ總

ナ國權ノ作用ニ憲法其他ノ法令ニ依リ一定ノ途ニ依ルベク論者ノ所謂當然ノ作用モ皆一定ノ條規ニ依リテ行ヘルベキハ法治國ノ原則ナリ故ニ此條文ヲ解シテ廣ク司法上及ヒ行政上ノ作用トシテ逮捕監禁審問處罰ヲ爲スハ法律ヲ要ストスルハ毫モ不可ナキノミナラス却テ法治國ノ觀念ニ適スト謂フベシ之ヲ要スルニ論者ノ說ノ如クシテ行政上ノ手續ヲ以テスレハ勝手ニ臣民ヲ拘束スルコトヲ得ルトスルモノニシテ憲法カ臣民ノ自由ヲ保障シタルノ主意ト矛盾スルノ批難ヲ免レズ

本條ニ於テ尙ホ問題ト爲ルハ所謂處罰ノ範圍ニ在リ罰ハ大體分レテ四種トス

(一)刑罰(二)警察罰(三)強制罰(四)懲戒罰是ナリ本條ニ所謂處罰中ニハ總テ此四者ヲ包含スルカ或ハ其一部ノミニ止マルカ一部ニ止マルトセハ右四者ノ何レノモノヲ含ムカハ問題ノ存スル所ナリ

第一派ノ學者ハ曰ク本條ハ刑罰ノミニ規定ナリト此學說ハ前ニ述ヘタル本條ヲ司法上ノ制限ノミニ限ルトスルノ一派ニ屬シ刑罰ト警察罰トハ其性質同シカラス純粹ナル罰ハ刑罰ノミ故ニ本條ハ刑罰ニ限ルト云フニ在リ

元來刑罰ト警察罰トノ區別ニ關シテハ古來學說種種アリ、*パー*氏ノ如キハ二者ノ別ハ德義違反ノ程度ノ輕重ニ在リト爲ス即チ警察罰ハ刑罰ニ比シテ違反ノ度輕キカ故ニ罰ノ種類手續等比較的輕易ナリト論ス然レトモ德義違反ノ輕重ハ之ヲ區別スル標準ナキノミナラス此論ハ性質上ノ區別ニ非スシテ唯程度ノ論ニ過キナルカ故ニ結局區別ヲ認メザルノ主義ニ歸著スヘシ

近世外國學者ノ區別論ニ依レハ刑罰ハ權利侵害ノ場合ニ起リ警察罰ハ單ニ權利ニ危險ヲ及ホシタル場合ニ起ルト此論ハ先ツ權利ト云フハ如何ナル種類ノ權利ナルカ曖昧ナリ一切ノ權利ヲ總括スルト看ルハ決シテ穩當ナラス次ニ此論ニ據ル區別モ性質上ノ別ニ非スシテ程度ノ區別ニ歸著スヘシ我國ノ或學者ノ如キハ刑罰ハ國家社會ニ危害ヲ及ホシタル場合ニ起リ警察罰ハ現ニ危害ヲ及ホスト否トヲ問ハス危害ノ恐アル場合ニ起ルモノナリト曰ヘリ此議論モ亦性質上ノ別ト言ハンヨリ寧ロ程度ノ論ニ非スヤトノ疑アリ且國法ノ實際ヲ觀察スルニ刑罰ト稱スルモノト雖モ未タ危害ヲ及ホササル前ニ科スル場合アリ警察罰ト名クルモノト雖モ既ニ危害ヲ生シテ後ニ始メテ科スルモノアリ

以上述ヘタル諸説ハ未タ二者ノ區別ヲ明カニスルコト能ハス予ハ以テラテ刑罰ト曰ヒ警察罰ト曰フモ罰タル性質ニ於テハ異ナルコトナシ同シテ一國ノ安寧秩序ヲ維持スルカ爲メニ之ニ危害ヲ及ホス如キ所爲ニ對シテ科スルノ罰ナリ唯警察罰ハ警察ノ文字ノ示ス如ク主トシテ警防ノ目的即チ成ルヘク危害ヲ豫防スルノ目的ヨリシテ科スルニ過キス罰ノ本質ニ於テ刑罰ト區別スヘキニ非ナルナリ故ニ予ハ憲法ニ所謂處罰ヨリ警察罰ヲ除クヘキ理由ナシト考フ

第二派ノ學說ハ憲法ノ條文ハ刑罰警察罰ヲ併セ含ムト雖モ強制罰ハ之ヲ含マスト論ス其說ニ曰ク強制罰トハ國家カ行政處分ニ由リ臣民ニ行爲若クハ不行爲ヲ命ジタルトキ其者カ之ヲ違奉セザル恐アルヨリシテ豫メ罰ヲ戒告シ若シ違奉セザレハ之ヲ科スルヲ謂フ此罰ハ畢竟行政處分ヲ強行スル手段ニシテ普通ノ罰ト全ク其性質ヲ異ニス要スルニ強制罰ハ純粹ナル罰ニ非ス故ニ憲法ニ所謂處罰ノ内ニ包含セスト面シテ尙ホ他ノ罰ト區別スヘキ要點ヲ擧ケテ曰ク

(一)強制罰ハ事ノ前ニ豫告シ他ノ罰ハ事ノ後ニ至リテ定マル(二)強制罰ハ特定ノ場合ニ特定ノ行爲不行爲ヲ強制ス他ノ罰ハ一般法規ノ違反ヲ罰ス(三)強制罰ハ

同一行爲ニ對シ幾回モ科シ得レトモ他ノ罰ハ然ラズ四強制罰ハ一旦命令ニ背クモ罰ヲ科セザル前ニ其原因消滅セハ之ヲ科セス然ルニ他ノ罰ハ一旦犯行アレハ必ス科スヘキモノトス(五)強制罰ト他ノ罰ハ同一行爲ニ對シテ併セ科スルヲ得是レ二者ノ性質相異ナルノ證ナリト其文章ハ

然ルニ予ハ以テ爲ラテ強制罰モ罰タル本質ハ他ノ罰ト區別スヘカラスト何トナレハ先ツ大體ニ於テ前論者ハ強制罰ハ行政處分ヲ強行スル手段ナルカ故ニ純粹ノ罰ニ非スト云フ成程強制ノ目的ヨリ罰ヲ豫告スト雖モ之ヲ科スルハ處分令違反ノ後ニ起ルモノトス是レ恰モ他ノ罰カ豫メ法規ニ依リ豫戒強制セラレ之ニ違反スルニ至リテ科セラルト相似タリ畢竟此點ハ他ノ罰トノ本質上ノ區別ト爲ラサルナリ

次ニ前論者ノ擧ケタル五箇ノ要點ノ内第一強制罰ハ事前ニ豫告シ他ノ罰ハ事後ニ定マルト云フト雖モ刑罰警察罰モ法律ニ由リテ定マルヲ原則トス其目的ノ一ハ豫メ一般ニ告ケ違法ヲ所爲ナカラシムルニ在ルコト疑ナシ故ニ事前ノ豫告ヲ以テ強制罰ノ特色ナリト論スルハ穩當ナラス次ニ第二強制罰ハ特定ノ

場合ニ起リ他ノ罰ハ一般法規ノ違反ニ對スト云フト雖モ特定ト一般トハ事件ノ數量ノ差別ニ過キス罰ノ性質ニ於ケル差別ニ非ス第三強制罰ハ同一行為ニ幾同モ科スルヲ得ルカ故ニ他ノ罰ト異ナレリト然レトモ此ノ如キハ罰ヲ重カラシメタルニ過キスシテ罰タル性質ハ依然タリ且一步ヲ進メテ論スレハ此ノ如キ場合ハ之ヲ同一ノ行為ト看ス別別ノ行為ト看テ科ストモ云ヒ得ヘシ第四一旦命令ニ背クモ強制罰ハ科スルヲ要セサル場合アリ故ニ他ノ罰ト異ナレリト然レトモ嚴格ニ言ヘハ既ニ命令ニ背キタル以上ハ罰ヲ科スルヲ至當トス第五同一行為ニ對シテ他ノ罰ト併セ科スルヲ得ルハ性質ノ異ナレハナリト云フト雖モ同一行為ニ關シテ二箇ノ犯行成立シ之ニ對シテ二ノ罰ヲ科スルハ屢ル場合ニシテ之ヲ以テ性質ノ相違ヲ證スル證據ト爲スコト能ハサルナリト右述ヘタル如クナルカ故ニ予ハ強制罰ハ其文字ノ示ス如ク主トシテ特定處分ノ強行ヲ目的トスル場合ニ起ルト雖モ罰タル本質ニ於テ異ナラスト考フ故ニ憲法ニ所謂處罰ノ内ニ包含スルモノト解スルニ餘ハ無ク且強制罰ニ終ニ第三派ノ學說ハ憲法ニ所謂處罰ノ内ニハ刑罰警察罰及ヒ強制罰ヲ含ムト

雖モ懲戒罰ハ之ヲ含マスト爲ス此論ハ誤ラサルニ似タリ何トナレハ懲戒罰ハ特別ノ關係ニ基キ特別ノ身分ヲ有スルモノニ對スル罰ナリ例ヘハ官吏ノ懲戒ハ官吏ノ身分ヲ有スル者ニ對シテ行ハルルニ過キス然ルニ憲法第二章ハ一般臣民ニ對スル規定ニシテ特別關係ヲ包含セサルハ固ヨリ明カナリ故ニ結局憲法上處罰ノ範圍ハ此派ノ說ヲ以テ適當ナリトスヘシ
 第四 裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權 憲法第二十四條ニ曰ク「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルルコトナシ」ト普通學者ハ本條ヲ以テ臣民權利ノ一部ト看サルニ似タリ然レトモ予ハ明カニ他ノ權利ト區別ナシト考フ
 先ツ本條ニ於テ問題ト爲ルハ裁判官トハ如何ナル種類ノ者ヲ謂フカ司法裁判官ニ限ルヘキヤ或ハ行政裁判官其他ヲモ含ムヘキヤノ點ニ在リ
 甲論者ハ曰ク憲法ヲ通覽スルニ所謂法律ニ定メタル裁判官ハ第五十八條ニ規定セルノミ同條ニ曰ク「裁判官ノ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス」ト而シテ此處ニ所謂裁判官ハ司法裁判官ナリ故ニ憲法第二十四條ノ裁判官

ト云フハ唯司法裁判官ヲ指シ行政裁判官及ヒ特別裁判官ハ之ヲ含まズト乙論者ハ之ニ反對シテ曰ク憲法上裁判官ニ關スル規定ハ第五十八條ノミナラズト雖モ裁判所ニ關スル規定ハ第六十條及ヒ第六十一條ニアリ其條文ニ曰ク「特別裁判所ノ管轄ニ屬スヘキモノハ別ニ法律ヲ以テ之ヲ定ム」ト又曰ク「法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ屬スヘキモノ云云」ト之ニ依レハ行政裁判所及ヒ其他ノ裁判所ニ關スル規定モ亦法律ヲ以テ之ヲ定ムヘキモノトスルハ憲法ノ精神ナリ隨テ裁判所ヲ構成スル裁判官モ亦法律ニ依リテ規定スルヲ適當トス此點ヨリ觀察スルトキハ第二十四條ニ所謂法律ニ定メタル裁判官ト云フハ司法裁判官ニ限ルト解スヘカラスト此乙論ニ對シテ甲論者ハ反駁シテ曰ク第六十條及ヒ第六十一條ハ明カニ裁判所ノ管轄事項ハ法律ヲ以テ定ムヘシト規定シタルモノニシテ裁判官ノ規定ニ非ス然ルニ第二十四條ニ於テハ明カニ裁判官トアルカ故ニ第六十條及ヒ第六十一條ノ場合ヲ含まズト乙論者ハ又反駁シテ曰ク若シ第六十條第六十一條ヲ文字ニ拘泥シテ解スレハ第二十四條モ亦同様ニ「法律ニ定メタル裁判官ノ裁判」ト云フハ裁判手續カ法律ニ依リテ定メラルル

ノ意ニシテ裁判官其レ自身カ法律ニ依リ定メラルルノ意ニ非スト云フコトヲ得ヘク隨テ司法裁判官ノ裁判ニ限ルヲ要セサルヘシト云フコトハ其レハ臣民ノ權利ニ關シテハ兩說共ニ缺點アリト考フ先ツ甲說ノ如ク本條ヲ司法裁判官ニ限ルノ必要ナシ蓋シ憲法ハ司法裁判官以外ノ裁判官ヲ法律ニ依リテ定ムルコトヲ禁シタルニ非ス故ニ例ヘハ法律ヲ以テ行政裁判官ノ規定ヲ設クルトキハ臣民ハ此種ノ裁判官ノ裁判ヲ受タルノ權利ヲ有スルハ無論ナリトス次ニ乙說ノ如ク第六十條及ヒ第六十一條ヨリ直チニ此種ノ裁判官ハ法律ヲ以テ定メサルヘカラストノ論結ヲ爲スハ不可ナリ又第二十四條ヲ以テ裁判手續カ法律ニ依ルトノ意ニ解スルハ穩ナクナリト考フ

本條ニ關シテ問題アリ若シ國家カ直接ニ此權ヲ奪ハス間接ニ之ヲ妨タルカ如キ手段ヲ取ル場合例ヘハ裁判手数料ヲ重クシ以テ訴訟ヲ禁遏セント圖ルカ如キハ本條ノ權利ヲ害スルモノト看ルヘキヤ否ヤ蓋シ手数料ノ徵收其レ自身ハ權利ノ侵害ト爲ルモノニ非ス國家カ神ニ或者ノ爲メニスル行為ニ對シ之ニ相當セル手数料ヲ取立ツルハ固ヨリ至當ナリ然レトモ不相當ナル多額ヲ取立ツ

ルカ如キハ手散料ノ性質上爲シ能ハサルノミナラス其目的カ訴訟ノ禁遏ニ在
ル場合ハ本條ニ於テ權利ヲ與ヘタル趣意ト矛盾スルモノトス
第五 住所安全ノ權 憲法第二十五條ニ曰ク日本臣民ハ法律ニ定メタル場合
ヲ除ク外其許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及搜索セラルルコトナシト所謂住
所トハ臣民家内ノ生活ニ供用セラルル場所ヲ稱ス家内トハ必スシモ屋内ノミ
ヲ謂フニ非ス舟又ハ車ノ如キモ此目的ニ供用セラルレハ亦住所ト稱スルヲ得
ヘシ

本條ハ住所其レ自身ノ自由即チ財産上ノ自由權ニ非ス住所内生活ノ安全平和
ノ狀態ヲ保護スル所以ナリ故ニ此權ノ效力トシテ各人住所内ノ狀態ハ其意ノ
儘ニ所置スルコトヲ得ルコトト爲ルヘキナリ

或學者ハ論シテ曰ク本條ニ侵入ト搜索ト規定スルハ其理由ナカルヘカラス若
シ然ラストセハ單ニ侵入ノ規定ヲ設クレハ足り搜索モ自ら其内ニ含まルヘケ
レハナリ然ルニ更ニ搜索ヲ規定シタル所以ハ別ニ理由ノ存スルアリ即チ外國
憲法ノ例ヲ以テ推ストキハ本條ハ全ク家宅搜索ノ場合ヲ規定シタルニ外ナラ

スシテ廣義ノ侵入ヲ規定シタルニ非スト然レトモ論者ノ言フカ如クシハ單ニ
搜索トノミ規定シテ侵入ヲ規定スル必要ナキニ非スヤ本條ニ於テ先ツ侵入ヲ
舉ケ次ニ搜索ヲ規定セルハ二種ノ場合ヲ舉ケタルモノニシテ即チ單ニ家内ニ
侵入スルト家内ノ人又ハ物ヲ搜索スル場合トテ區別スルハ甚ク必要ニシテ且
憲法上明白ナリト考フ

本條ニ於テ問題ト爲ルハ住所ト謂フハ廣ク構内ヲ稱スルカ或ハ其内ニ於テ生
活ニ使用セラルル部分ヲ稱スルカ例ヘハ家ノ一部ヲ公衆ノ使用ニ供スル席亭
ノ如キハ總テ此保障ヲ有スヘキヤ否ヤ蓋シ本條ハ生活ノ安全平和ヲ保護スル
ノ趣意ニシテ家屋其モノヲ保護スルニ非サルカ故ニ席亭ノ如キハ公開セラ
ル部分及ヒ公開セル間ハ他ノ法規ニ依リ保護セラルルノ外ナキナリ
第六 信書秘密ノ權 憲法第二十六條ニ曰ク日本臣民ハ法律ニ定メタル場合
ヲ除ク外信書ノ秘密ヲ侵サルルコトナシト蓋シ「信書」トハ特定ノ人カ特定ノ人
ニ對シ其意思ヲ通達セントスル記録ノ全體ヲ指稱ス故ニ信書ハ先ツ特定ノ人
ニ對スルモノナリ一般ニ公告スルカ如キハ信書ニ非ス次ニ此種ノモノナレハ

其封書ナルト封書ニ非サルトヲ問ハサルノミナラス其内容ハ勿論外部モ亦之ヲ包含ス。或學者ハ信書ノ秘密ト信書ヲ取扱フ官吏職務上ノ秘密トヲ區別シテ曰ク信書ノ秘密トハ之ヲ取扱フ官吏ニモ知ル能ハサル信書中ノ事項ノミヲ云フ元來秘密トハ發信者カ他人ヲシテ知ラシメサル意思ヲ有スルニ非サレハ起ラス而シテ此意思ヲ推測スヘキハ封ナリ故ニ封セサル信書例ヘハ葉書ノ如キ又ハ封皮ノ如キハ之ヲ含マス但此等ノ事項ト雖モ之ヲ取扱フ官吏ハ漫ニ漏洩スルヲ得サルハ別ニ職務上秘密ヲ守ルノ義務ヨリ來ルノ結果ナリト。然レトモ秘密ハ單ニ封ノ有無ヲ以テ斷定スルコト能ハサルヘシ何トナレハ縱令封ヲ行ハサル場合ニ於テ偶之ヲ取扱フ官吏ノ目ニ觸ルルハ已ムヲ得スト雖モ其他ニ知ラシムルヲ欲セサルハ普通ノ場合ナルヘシ且更ニ一步ヲ進メテ論スレハ本文以外ノ記錄事項ト雖モ例ヘハ封皮上ノ記錄ト雖モ若シ之ヲ一般ニ漏洩スルトキハ書中ノ秘密ヲ保ツコト能ハサルニ至ルハ今日ノ如キ社會ニハ屢アリ得ヘシ此點ヨリ觀察スレハ信書ノ秘密ハ之ヲ廣義ニ解釋シ信書全體ヲ

或ハ社團ハ此等ノ能力ヲ有セサルカ故ニ法律ノ假定ニ因リ始メテ人格ヲ有スルモノナリトセハ幼者又ハ精神病者ハ意思能力及ヒ行爲能力ヲ有セサル者アルヲ以テ其人格ハ亦法律ノ假定ナリト謂ハサルヘカラスト云フニ在リ。其他ブリントン之氏ノ如キハ法人ノ存在ヲ否認シテ現實ニ存在スルモノハ唯用途指定ノ財産アルノミ其財産ハ或目的ノ爲メニ使用セララルニ過キスシテ財産ノ主體タル法人ナルモノナシ其財産ハ權利主體ナキ財産ナリ彼ノ法人假定說ノ如キハ現實ノ人格者ナキコトヲ自白スルモノニシテ隱說タルヲ免レス何トナレハ假定セラレタル物體ハ現存セサルモノニシテ現存セサルモノハ權利ヲ有スルコトヲ得サレハナリ加之假定セラレタルモノハ意思ト欲望トヲ有セス隨テ權利ヲ有スヘキ理ナケレハナリト此說ハ專ラ法人假定說ヲ駁撃シタルモノナリト雖モ現實ノ存在ナキモノハ權利ヲ有セサル所以ヲ説明セサルカ故ニ所論獨斷ニ失スルノミナラス法律ノ歴史ヲ顧ミサル空論ナリトノ批難ヲ免ルルコトヲ得ス何トナレハ既ニ羅馬ノ古代ニ於テモ自然人以外ニ人格者ヲ認メタレハナリ又團體說ノ基礎トセル共同知覺或ハ共同意思ナルモノハ果シテ

存在スルヤ否ヤ團體ヲ組織スル各分子ノ意思カ偶合致スルコトアリトスルモ是レ團體ノ總員ノ意思カ合致シタルニ過キスシテ之ヲ以テ直接ニ團體ノ意思ナリトスルコトヲ得ス何トナレハ團體ヲ組織スル自然人ノ意思表示カ投合シタルカ爲メニ自然人ニ非サル者ノ意思表示ト爲ルヘキ理ナケレハナリ加之此說ハ財團法人ニ對シテハ全ク適用スルコトヲ得サルモノナリ又法人實在主義ハ法人ハ法律ノ規定ニ依ラスシテ自然ニ存在セルコトヲ主張スルモノニ非シテ法人アル所以ノモノハ法律カ人格ヲ有シ得ヘキモノナキニ拘ハラス任意ニ之ヲ創設シタルニ非スシテ現實セル自然人ニ對シテ人格ヲ付與スルト同シク現實セル組織體ニ對シテ人格ヲ享有シ得ヘキコトヲ認メタルニ過キスト云フニ在リテ所論巧妙ナリト雖モ之ヲ以テ我國法ニ於テ認ムル法人ノ性質ヲ說明スルコトヲ得ス何トナレハ我國法ニ於テハ法人ハ法律ノ規定ニ依リテ創立セラレ現實セル組織體ナキ場合ニ於テモ法律ヲ以テ法人ヲ成立セシムル所謂假定主義ヲ採リタレハナリ例ヘハ相續人アルコト分明ナラサル相續財產ヲ以テ法人ト爲スカ如シ(第一〇五一條)

第二款 法人ノ種類

第一 公法人

法人ニハ公法人ト私法人トノ別アリ公法人トハ公法ノ規定ニ依リテ人格ヲ有スルモノニシテ例ヘハ國府縣市町村水利組合等ノ如シ

第二 私法人

私法人トハ私法ノ規定ニ依リテ人格ヲ有スルモノナリ而シテ公法人ニ關スル說明ハ行政法ノ範圍内ニ屬スルモノナルヲ以テ茲ニハ專ラ私法人ニ關スル事項ノミヲ述ヘントス

(甲) 私法人ハ之ヲ大別シテ社團法人財團法人ノ二種ト爲スコトヲ得ヘシ其區別ノ要點ヲ述フレハ左ノ如シ

(イ) 社團法人ハ必ス法人ノ法律生活ヲ支配スヘキ機關即チ總會ヲ有スルモ財團法人ニ在リテハ法人ノ法律生活ヲ支配スヘキ機關ヲ有セスシテ唯法人ノ代表機關ヲ有スルニ過キス

- (一) 社團法人ニ在リテハ其定款ヲ變更スルコトヲ得ヘキモ財團法人ニ在リテハ定款ト同一ノ效力アル寄附行爲ヲ變更スルコトヲ得ス
- (二) 財團法人ノ設立ハ主務官廳ノ許可ヲ必要トスルモ社團法人ノ設立ニ關シテハ主務官廳ノ許可ヲ必要トセザルモノアリ例ヘハ商會社ノ如シ
- (三) 財團法人ハ營利ヲ目的トスルモノナシト雖モ社團法人ニハ營利ヲ目的トスルモノト營利ヲ目的トセザルモノトノ二種アリ
- (一) 營利ヲ目的トスル社團法人、營利ヲ目的トスル法人トハ經濟上ノ利益ヲ得ヘキ事項例ヘハ商事農事、水産業、鑛業等ヲ業トスルモノヲ謂フ故ニ法人カ時トシテ利益ヲ得ヘキ行爲ヲ爲シタレハトテ之ヲ業トスルニ非サレハ營利ヲ目的トスルモノナリト謂フコトヲ得ス例ヘハ信用組合、販賣組合或ハ購買組合、生産組合ノ如シ(明治三十三年産業組合法第一條)
- (二) 營利ヲ目的トセザル社團法人、法人ノ事業カ社員ノ經濟上ノ利益ヲ得ルニ在ラスシテ公共事業例ヘハ慈善、學術、宗教等ノ事業ヲ目的トスルモノナルトキハ之ヲ稱シテ營利ヲ目的トセザル法人ト謂フ例ヘハ赤十字社ノ如シ

- (乙) 私法人ハ又之ヲ大別シテ普通法ニ依リテ設立シタルモノト特別法ニ依リテ設立シタルモノトノ二種ニ區別スルコトヲ得ヘシ
- (イ) 普通法ニ依リテ設立シタル法人トハ民法、商法ノ規定ニ依リテ設立シタルモノニシテ民法ノ規定ニ依リテ設立シタル法人ニハ商法ノ規定ヲ適用セザルモ商法ノ規定ニ依リテ設立シタル法人ニハ商法ニ規定ナキ事項ニ付テハ民法ノ規定ヲ適用スヘキモノタリ例ヘハ第四十三條、第四十四條ノ如シ
- (ロ) 特別法ニ依リテ設立シタル法人トハ特ニ法律ヲ制定シテ設立シタル法人例ヘハ日本銀行法、日本勸業銀行法、取引所法、重要輸出品同業組合法等ニ依リテ設立シタル法人ノ如シ此等ノ法人ニ關シテハ特別法ニ規定セザル事項ハ商法又ハ民法ヲ適用スヘキモノタリ其他聯邦國ニ於テハ各國ノ法律ニ依リテ設立シタル法人ハ所謂特別法ニ依ル法人ナリ例ヘハ獨逸國ニ於テハ普通西ノ法律ニ依リテ設立シタル法人ニ對シテ獨逸民法ハ補充的ニ適用セララルニ過キタルカ如シ

第三款 法人ノ設立

第一項 法人ノ設立ニ關スル主義

社團法人ノ設立ハ組合ノ創設ニ始マリ法律カ其組合ニ對シテ人格ヲ付與スルニ依リテ法人ト爲ル法人ノ設立ニ關スル從來ノ立法例ヲ案スルニ左ノ主義アリ

(一) 自由設立主義 此主義ハ總テノ自然人ニ私權ヲ享有セシムルト同シク組合ヲ組織スル各人カ反對ノ意思ヲ表示セサル限ハ其組合ニ對シテ直チニ人格ヲ與フルモノニシテ古代ニ於テハ此主義ニ依リタルモノ鮮カラナリシモ現今ニ於テハ僅ニ普滯西ノ鎖業法ニ於テ此主義ヲ認ムルニ過キヌ即チ同法ニ依リハ多數人カ共同シテ鎖業ヲ營ミタルトキハ其組合ハ直チニ人格ヲ享有スベキモノトセリ

(二) 許可主義 此主義ハ自由設立主義ニ反對セルモノニシテ人格ヲ享有セントスル社團ハ行政官廳ノ許可ヲ得テ始メテ法人ト爲スコトヲ得ヘキモノナリ

隨テ此主義ニ依レハ法人ヲ設立セントスル都度行政官廳ノ許可ヲ要スヘキモノニシテ之ヲ許可スルト否トハ全ク行政官廳ノ自由ノ裁量ニ任スルモノナリ此主義ハ第一ノ主義ニ比スレハ(一)自由設立主義ニ於テハ或社團カ人格ヲ有スルヤ否ヤニ付キ疑ハシキ場合アルヘシト雖モ此主義ニ於テハ斯ル疑問ヲ未斷ニ防クカ故ニ之ニ關シテ爭ヲ生スヘキコトナシ(二)政府ハ許可權ヲ有スルカ故ニ法人ノ設立ニ際シ其目的ノ當否ヲ審查シテ之ヲ許可シ又ハ法人ノ管理及ヒ事業ノ執行ニ付キ適當ナリト認ムル條件及ヒ制限ヲ附シテ許可スルコトヲ得ヘク不當ノ目的ヲ以テ法人ヲ設立セントスルカ如キ弊害ヲ矯正スルコトヲ得ヘシ然レトモ行政官廳ニ於テ許可權ヲ濫用シ過度ニ監督權ヲ行使スルトキハ此主義ハ却テ法人ノ設立ヲ妨ケ事業ノ成功ヲ害スルノ虞アリ故ニ此主義ハ行政官廳カ正當ニ職權ヲ行使スヘキコトヲ前提トシテ其效用ヲ完ウスルモノナリ佛國法ニ於テハ原則トシテ此主義ニ依リ獨逸法ニ於テハ經濟上ノ社團ニ付テノミ此主義ヲ採用セリ我民法ニ於テハ公益ニ關スル社團又ハ財團ニシテ營利ヲ目的トセサル法人ノ設立ニ付テハ此主義ヲ採用セリ

(三) 準則主義。此主義ハ法律ヲ以テ法人ノ設立ニ關スル條件ヲ規定シ此條件ヲ具備セル社團ハ行政官廳ノ意思ニ關係ナク人格ヲ享有スヘキモノトスルニ在リ隨テ許可主義ノ如ク過度ニ行政ノ監督權ヲ濫用シ法人ノ設立ヲ妨タルカ如キコトナク實際ニ便利ニシテ又適當ニ法人ヲ監督スルコトヲ得ヘシ「サクセ」法律ニ於テハ經濟上ノ社團及ヒ公益ニ關セラル社團ヲ除クノ外ハ總テ此主義ヲ採用セリ我國ニ於テハ各種ノ商會社及ヒ商會社ニ非スシテ營利ヲ目的トスル社團ノ設立ニ關シテハ此主義ヲ採用セリ(第三五條) 民法ハ何故ニ公益ニ關スル社團例ヘハ宗教慈善學術等ヲ目的トスルモノニ付テハ許可主義ヲ採リ營利ヲ目的トスル社團例ヘハ殖林漁業等ヲ目的トスルモノニ付テハ準則主義ヲ採リタルカ蓋シ公益ノ増進ヲ目的トスル社團ノ組織ノ完全ナルト否ト其管理ノ宜シキヲ得ルト否トハ直接ニ公益ニ關係ヲ及ホススミナラス或ハ公益ヲ増進スルト稱シテ却テ公益ヲ害スルカ如キコトヲ目的トシ若クハ之ヲ目的トセサルモ其事業ノ管理及ヒ設備ノ不完全ナルカ爲メニ之ト同一ノ結果ヲ生スルコトナキヲ保テス故ニ國家ハ公益ヲ保護シ社會ノ秩序

(乙) 到達主義。到達主義トハ表意者ノ意思表示力相手方ニ到達シタル時ヨリ其效力ヲ生スト爲スモノナリ即チ相手方カ表意者ノ書簡又ハ電信ヲ受取ルトキハ意思表示此ニ其效力ヲ生スルモノニシテ相手方カ現實ニ其意思表示ヲ知リタルト否トハ之ヲ問ハサルナリ故ニ學者或ハ此主義ヲ稱シテ受信主義トモ謂フ此主義ハ相手方カ現實表意者ノ意思ヲ知ルコトヲ要セスト爲スカ故ニ一見意思表示ハ相手方ヲシテ之ヲ知ラシメサルヘカラスト爲ス通知主義トハ相容レサルモノノ如キモ現ニ佛國ノ學者アル「ドール」シロ「Dr. Arthur Chaville」ノ如キハ此主義ヲ以テ發表主義ノ一種ト爲シ通知主義ト相對スルモノト爲セリ然レトモ予ハ到達主義ヲ以テ發表主義ノ一種トセシテ通知主義ノ一種ト爲スヲ相當トスル者ナリ蓋シ通知主義ヲ絕對ニ適用シタル丁知主義ハ前ニ舉ケタルカ如キ種種ノ不便アリテ法律ノ如ク主トシテ社會ノ實情ニ適スルコトニ重キヲ置カサルヘカラサルモノニ在リテハ此ノ如キ極端ノ主義ヲ採用スルコト其可ナルヲ見ス然ルニ實際ニ於テハ人ハ書簡又ハ電信ヲ受取ルトキハ通常之ヲ閱讀シ又ハ其閱讀ヲ他人ニ依頼スルモノナルカ故ニ相手方カ表意者ノ書簡

又ハ電信ヲ受取リタルトキハ之ト同時ニ其意思ヲ知リタルモノト爲スモ多ク
 ノ場合ニ於テハ事實ニ反スルコトナク而シテ此ノ如クスルトキハ了知主義ニ
 於テ見ルヘキ不便ノ大半ハ之ヲ除却スルコトヲ得ヘシ故ニ相手方カ表意者ノ
 書簡又ハ電信ヲ受取リタルトキハ事實其意思表示ヲ知ラザルモ法律上ハ之ヲ
 知リタルモノト認メサルヘカラス到達主義ハ實ニ此理由ヲ根據トシテ存スル
 モノニシテ法律上ノ了知ヲ以テ事實上ノ了知ニ代ヘタルニ過キス意思表示ハ
 相手方ヲシテ之ヲ知ラシムルコトニ依リテ效力ヲ生スト爲ス理論ノ大體ヲ認
 ムルコトハ此主義ヲ主張スル者モ亦了知主義論者ト異ナル所ナキナリ獨逸民
 法ハ此主義ヲ採用シタリ

第二 發表主義 發表主義トハ意思表示ハ表意者カ其意思ヲ發表スルコトニ
 依リテ效力ヲ生スト爲スモノナリ此主義ヲ主張スル者ノ論旨ヲ概括スルトキ
 ハ大要以下記述スル所ノ如シ凡ソ意思ヲ表示スルハ表意者ノ行為ナリ表意者
 ニシテ意思ノ在所ヲ發表スルトキハ意思ノ表示ハ茲ニ完成シタルナリ故ニ
 意思表示ハ此時ニ於テ其效力ヲ生セサルヘカラス相手方カ其意思表示ヲ知ル

ト否トハ相手方ノ事タリ相手方カ之ヲ知ルト否トノ如キ偶然ナル事實ハ表意
 者ノ發表シタル意思表示ノ效力ニ影響スヘキモノニ非ス若シ相手方ノ知ラザ
 ル意思表示ハ未タ意思表示タル效力ヲ有セストセハ表意者ニ於テ爲スヘキ行
 爲ニシテ尙ホ存スルモノアリト謂ハサルヘカラス然ルニ表意者ニシテ既ニ意
 思ヲ發表シタル以上ハ他ニ何等爲スヘキノ行為アルコトナキニ非スヤ其意思
 表示カ相手方ニ到達シ又ハ相手方ノ爲メニ知ラルルカ如キハ表意者ノ行為ニ
 非ナルナリ之ヲ實際ノ便宜ニ顧ミルモ發表主義ハ遂ニ通知主義ニ勝ル所アリ
 通知主義中了知主義ニ從フトキハ種種ノ不便アルコト特ニ舉ケテ細論スルコ
 トヲ須タス其到達主義ニ依ルトスルモ之ヲ了知主義ニ比シテ不便稍ヤ少シト
 謂フニ過キス左ノ四點ノ不便アルコトハ尙ホ之ヲ免レス

- (イ) 意思表示ノ效力發生ノ有無及ヒ時期ヲ證明スルコト困難ナリ
- (ロ) 法律行為ノ成立ヲ生シ又ハ其成立ヲ遅延ナラシム
- (ハ) 意思發表後其效力發生前ニ於テ表意者死亡シ又ハ能力ヲ喪失シタルト
 キハ法律關係ヲ錯雜ナラシム

(二) 契約ノ場合ニ於テハ承諾ノ通知ヲ發シタル後其相手方ニ到達スル前ニ於テ申込取消ノ通知到達シタルトキハ承諾無効ト爲リ隨テ契約ノ成立ヲ豫期シテ第三者ト取引シタル承諾者ヲシテ甚シキ損害ヲ受ケシム

通知主義論者ハ右ノ不便ヲ除去スルカ爲メニ種種ノ例外規定ヲ設ケンコトヲ試ムト雖モ發表主義ヲ原則トシ或場合ニ限り通知ノ到達アルコトヲ要スト爲ス例外規定ヲ設クルコトハ實際ノ便宜ニ應ジテ設ケタル例外ニ在リテモ尙ホ意思發表ナル精髓ヲ存スルヲ以テ能ク主義ヲ維持スルコトヲ得ヘシト雖モ通知主義ヲ原則トシナカラ或場合ニ於テハ通知ノ到達ナキモ可ナリト爲スハ法律行為ハ或場合ニ於テハ其要素ヲ具備セザルモ有效ナリト謂フニ等シ是レ明カニ主義其モノノ擲棄ニ非スヤ故ニ隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ生スル時期ニ付テハ理論上ニ於テモ又實際上ニ於テモ發表主義ヲ是認セザルニカラズ

發表主義論者モ亦表白主義及ヒ發送主義ノ二論ニ分レタリ

(甲) 表白主義 表白主義トハ嚴正ニ發表主義ヲ適用セシトスルモノニシテ隔

地者ニ對スル意思表示ハ表意者カ其意思ヲ表示シタル時ニ於テ效力ヲ生スト爲スモノナリ故ニ此主義ニ從フトキハ隔地者ニ意思ヲ表示セシトスル者カ書面ヲ認メタルトキハ之ニ依リテ意思表示タル效力ヲ生スルモノナリ

表白主義ニハ左ノ大不便アルコトヲ免レス

(イ) 書面ヲ認メタルコトノミニ依リ意思表示タル效力アリトセハ表意者カ其書面ヲ發送セザルモ尙ホ其意思表示ヲ有效トセザルヘカラス

(ロ) 表意者カ書面ヲ認メタルハ何レノ時ニ在リタルヤハ相手方ニ於テ之ヲ證明スルコト困難ナリ而シテ其結果ハ表意者ニシテ意思表示ヲ以テ效力アリトスルヲ利ナリト信スルトキハ後日ニ於テ書面ヲ認メナカラ其主張スル時期ニ於テ之ヲ作成シタル如ク假裝スルナキヲ保セズ

此ノ如ク表白主義ハ不便尠カラサルヲ以テ孰レノ邦國ニ於テモ未タ之ヲ以テ立法上ノ主義ト爲シタルモノナク學者ニシテ此主義ヲ主張スル者モ亦甚タ多カラズシロ一氏ノ如キハ表意者カ單ニ書面ヲ認メタルミニテハ何時ト雖モ之ヲ破却スルコトヲ得ルカ故ニ之ヲ以テ意思ヲ表示シタルモノト謂フコト能

ハスト爲シ此ノ如キ意思ハ既ニ心裡ニ留保セラレタル發議(Propositum in mente retentum)ニ非ストスルモ尙ホ掌裡ニ留保セラレタル發議(Propositum in manibus retentum)ニ過キスト曰ヘリ

(乙) 發送主義 發送主義トハ意思表示ハ相手方ニ對シテ之ヲ發送シタル時其效力ヲ生スト爲スモノナリ即チ表意者カ書簡又ハ電報文ヲ認ムルノミニテハ未タ意思表示タル效力ヲ生セス其書簡ヲ使者ニ渡シ若クハ郵便ニ付スルカ又ハ其電報文ヲ電信局ニ提出シテ發電ヲ依頼スルカニ依リテ始メテ意思表示其效力ヲ生スト爲スモノナリ蓋シ書面ヲ認ムルノミニテハ表意者ハ未タ意思表示スル所以ノ手段ヲ盡シタリト謂フコト能ハスト雖モ之ヲ發送シタルトキハ表意者ハ意思ヲ表示スルカ爲メニ盡スヘキ手段ハ既ニ之ヲ盡シタルモノニシテ復タ他ニ何等爲スヘキノ手段アルコトナシ而シテ意思ヲ表示スルトハ意思ヲ表示スヘキ手段ヲ盡スコトナルカ故ニ意思表示ハ其發送ニ依リテ始メテ效力ヲ生スルモノニシテ而モ亦發送アレハ意思表示タルノ效力ヲ生スルニ足ルモノナリト爲ササルヘカラス特ニ之ヲ實際ノ事情ニ顧ミルモ未タ發送セザ

ル意思表示ハ他人ノ知ラサル間ニ於テ表意者之ヲ破却スルヲ得ルカ故ニ心裡ニ留保セラレタル發議ト大ニ異ナルコトナシト謂フヲ得ヘキモ既ニ發送シタル意思表示ハ表意者ニ於テ之ヲ破却スルコト能ハス使者ノ召返又ハ郵便電信ノ取戻ナルコトナキニ非サルモ此ノ如キ特別ハ特別ノ問題トシテ可ナリ故ニ其心裡ニ留保セラレタル發議ト同シカラサルハ多言ヲ要セス獨逸商法瑞西聯邦債務法ハ此主義ニ依レリ佛蘭西民法ニ於テハ前ニ述ヘタル如ク明文ヲ缺クト雖モ發表主義論者ハ通知主義論者ノ引用シタル第九百三十二條ハ原則ノ適用ニ非スシテ例外トシテ設ケラレタル規定ナルコトハ法律カ贈與ニ對シテハ一般ニ其成立條件トシテ種種ノ例外規定ヲ設ケタルヲ以テモ明カナリト爲シ却テ第三者ノ爲メニスル要約ニ關シ規定シタル第百二十一條ニ於テ要約者ハ第三者カ其要約ニ付キ利益ヲ享受センコトヲ言明シタルトキハ之ヲ廢罷スルコトヲ得ストアルハ法律カ意思表示ノ通知ヲ待タスシテ效力ヲ生スルコトヲ認ムルモノト謂ハサルヘカラス特ニ第千九百八十五條カ委任ノ默諾ナルモノヲ認ムルヲ以テ觀レハ承諾ハ申込者ニ知レサルモ其效力ヲ生スルモノナル

コトヲ知ルヘシト爲セリ佛國學者ノ引用シタル條文ハ之ノミニテハ或ハ發送主義論ヨリモ寧ロ表白主義論ニ近キカ如シト雖モ佛國學者中ニハ表白主義ヲ主張スル者ハ殆ト之ナキカ如シ

上來略述シタル所ニ依レハ表白主義ノ採用スヘカラサルコトハ論ヲ須タス了知主義モ亦社會ノ實際ニ適應セス故ニ隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ生スル時期ニ付テハ發送主義到達主義ノ二者ニ就キ其一ヲ選ハサルヘカラス然ルニ二者各一得一失アリ是ニ於テカ「ウ・シンドシャイド」氏ノ如キハ契約ニ付テハ一ノ折衷說ヲ案出シタリ同氏ノ主張スル所ニ依レハ契約ノ片務ナルト雙務ナルトニ依リテ區別ヲ爲シ左ノ如ク論斷シタリ

(甲) 片務契約

(イ) 未來ノ債權者カ申込ヲ爲ストキハ例ヘハ甲カ乙ニ對シ金千圓ヲ貸サンコト申込ムカ如シ此場合ニ於テハ契約ハ乙ノ承諾ノ書面カ甲ニ到達シタル時ニ於テ成立ス故ニ乙ハ此時マテハ其意思表示ノ取消ヲ爲スコトヲ得

(ロ) 未來ノ債務者カ申込ヲ爲ストキハ例ヘハ甲カ乙ニ對シ金千圓ヲ借ラン

コトヲ申込ムカ如シ此場合ニ於テハ乙ハ承諾ノ書面ヲ發送シタル時ヨリ金千圓ヲ貸スヘキ義務ヲ負フ但乙ハ承諾ノ書面カ甲ニ到達スルマテハ其意思表示ヲ取消スコトヲ得

(乙) 雙務契約

(イ) 申込者ハ承諾ノ書面カ發送セラレタル時ヨリ義務ヲ負フ若シ承諾ノ書面ノ發送セラレルマテニ申込者カ申込取消アリタルコトヲ知ラザリシカ爲メノ取消ハ有效ナリ但承諾者カ申込ノ取消アリタルコトヲ知ラザリシカ爲メ損害ヲ受ケタルトキハ申込者ハ之ニ對シテ損害賠償ヲ爲ササルヘカラス

(ロ) 承諾者ハ承諾ノ書面カ申込者ニ到達スルマテハ義務ヲ負ハス若シ其間ニ承諾取消ノ書面ヲ發送スルトキハ其時ヨリ承諾ハ取消サレタルモノトス但申込者カ承諾ノ取消アリタルコトヲ知ラザリシカ爲メニ損害ヲ受ケタルトキハ相手方ニ對シテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得

「ウ・シンドシャイド」氏ノ折衷說ナルモノハ右ノ如シ此說ニ從フトキハ契約ノ成立時期ハ申込者ニ對スルト承諾者ニ對スルトニ依リテ同シカラズ一ノ契約カ當

事者ノ一方ニ對シテハ成立シ他ノ一方ニ對シテハ成立セスト謂フハ契約ナリ
 モノノ性質ト相容レサルモノナリ特ニ氏ノ説ハニ實際ノ便宜ナリト爲ス所ノモノハ果シ
 シテ理論ノ據ルヘキアルナシ而シテ其實際ニ便宜ナリト爲ス所ノモノハ果シ
 タ真ニ實際ノ便宜ニ適スルヤ否ヤ疑ナキ能ハス予ハ此ノ如キ折衷説ヲ取ラスニ
 予ノ見ル所ヲ以テスレハ隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ生スル時期ニ付テ
 ハ到達主義ヲ取ルヲ以テ最モ可ナリト信ス凡ソ法律上ニ於テ意思表示ノ效力
 ト謂ヘハ意思ヲ表示シタルコトニ因リ他人ニ對シ生シタル關係ヲ謂フモノナ
 リ他人ニ對シテ關係ヲ生スヘキ意思表示ヲ爲サントセハ其人ニ向ヒテ之カ表
 示ヲ爲ササルヘカラス他人ニ向ヒテ意思ヲ表示スルトキハ即チ他人ヲシテ表
 示者ノ意ノ在ル所ヲ知ラシムルニ外ナラス果シテ然ラハ他人ニ對スル意思表
 示ハ他人カ其表示ヲ知ルコトニ依リテ效力ヲ生スルモノト爲スコト自然ノ論
 結ナリト謂ハサルヘカラス此事タル現在者ノ意思表示ニ於テハ何人モ爭ハサ
 ル所ナリ現在者ト不在者トハ其意思ヲ傳達スルニ時ヲ要セサルト否トノ別ハ
 之アリト雖モ其意思表示カ效力ヲ生スル理論ニ至リテハ二者ノ間ニ於テ相違

アルヘキノ理ナシ故ニ現在者ノ間ニ於テ意思表示ハ相手方カ之ヲ知ルコトニ
 依リテ其效力ヲ生スルモノナリトセハ不在者ノ間ニ於テモ亦意思表示ノ效力
 ハ相手方カ之ヲ知ルニ至リテ始メテ生スルモノト爲ササルヘカラス意思表示
 ハ何レノ時ニ於テ效力ヲ生スルヤノ問題ハ主トシテ契約ニ於ケル承諾ハ何レ
 ノ時ニ於テ效力ヲ生スルヤヲ定ムルニ付テ起リタル問題ナリト雖モ暫ク契約
 ニ於ケル承諾以外ノ意思表示ニ付テ何レノ時ヨリ效力ヲ生スト爲スヲ相當ト
 スヘキヤヲ觀ルニ通知催告又ハ申込ノ如キハ其モノ自體ノ性質トシテ之ヲ受
 クル者ヲシテ表意者ノ意思表示ヲ知ラシメサルヘカラス法律行為ノ取消又ハ
 解除ノ如キハ其モノ自體ノ性質ニ於テハ敢テ之ヲ受クル者ヲシテ其意思表示
 ヲ知ラシメサルヘカラサルニ非スト雖モ之ヲ受クル者カ之ヲ知ラサルモ尙ホ
 意思表示其效力ヲ生スルモノトスルトキハ實際ニ於テハ甚シキ不都合ヲ生ス
 ヘシ唯取消シ得ヘキ行為ヲ追認スルカ如キ若クハ自己ノ權利ヲ拋棄スルカ如
 キハ之ニ依リテ他人ニ利益ヲ與フルコトハ則チ之アルモ他人ニ不利益ヲ與フ
 ルコトハ則チ之ナキモノナルカ故ニ他人ノ知ラサル間ニ其效力ヲ生スルモ何

等ノ害アルコトナシ然レトモ是レ唯何等ノ害ナシト謂フニ止マルノミ他人ガ知ラサル間ニ效力ヲ生セシムルニ非サルハ不都合ヲ生スト謂フニ非ス凡ソ諸種ノ意思表示ニシテ之ヲ受クル者カ之ヲ知ルニ非サルハ意思表示アリト看ルヘカラサルカ又ハ之ヲ受クル者カ之ヲ知ルヲ待テテ始メテ意思表示アリト看ルヲ穩當トスルコト以上略述スル所ノ如キ所以ノモノ抑モ何ソヤ此ノ如キハ實ニ事物自然ノ理ニ適スルアルニ由ルモノト謂ハサルヘカラス契約ニ於ケル承諾ハ果シテ此理勢ノ外ニ在ルモノナルキ契約ノ申込ヲ爲シタル者ハ契約ノ成立ヲ希望シテ之カ申込ヲ爲シタルモノナルカ故ニ相手方カ承諾スルコトアルヘキハ其覺悟スル所ナリ故ニ承諾ハ申込者ニ知ラルルヲ待タスシテ效力ヲ生スルモノト爲スモ或ハ之カ爲メニ申込者ヲシテ其豫想外ノ效力ヲ感受セシムルモノニ非スト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ承諾ハ申込者ニ知ラルルニ非テレハ其效力ヲ生セスト爲シタリトモ之ニ依リテ承諾者ヲシテ不測ノ損失ヲ受ケシムルモノニ非ス果シテ然ラハ承諾モ亦意思表示自然ノ理勢ノ外ニ在ルモノニ非サルナリ發表主義ノ論者ハ之ヲ以テ實際ニ不便ナリト爲ス承諾ニ付テ

到達主義ヲ取ルトキハ實際ニ不便ナルヤ否ヤハ後段之ニ言及スヘキカ故ニ茲ニハ假ニ論者ノ說ニ從ヒ到達主義ハ承諾ニ付テハ適用スヘカラサル事情アリトスルモ若シ果シテ實際ニ不便アラハ不便ナル點ハ之ヲ矯正シテ可ナリ法律ノ制定ハ論理ノ實習ニ非ス立法ノ妙ハ社會ノ實情ニ適スルニ在リ法律上ノ原則ハ時ニ多少ノ例外ヲ有スルコト動カラス例外ヲ設クルハ必要アルカ故ニ原則ヲ否認スト謂ハハ法律上ノ原則ハ大半之ヲ否認セサルヘカラス論者ハ通知主義ヲ採用シナカラ或場合ニ限リ意思表示ハ發送ノミニテ效力ヲ生スト爲スハ主義ノ拋棄ナリ故ニ通知主義ハ主義其モノニ於テ例外ヲ設クルコトヲ許サスト爲スト雖モ例外ナルモノハ常ニ原則トハ相容レサルモノナリ發送主義ノ立法ニシテ或場合ニ到達ヲ必要トスル例外ヲ設ケタリトスルモ亦然リ發送アレハ意思ノ表示ハ茲ニ其要件ヲ充タスト主張シナカラ發送ノミニテハ意思表示ノ要件ヲ充タサスト爲スハ要件ヲ充タスモ尙ホ之ヲ要件ヲ充タサスト謂フモノニシテ要件ヲ充タササルモ尙ホ之ヲ要件ヲ充タシタルモノト爲スト謂フト相距ルコト甚タ遠カラス況ヤ到達主義ハ通知主義ノ變體ナルヲ以テ到達主

蓋ニ於テ或場合ニ限リ發送ノミニテ意思ノ表示效力ヲ生スルモノトスル例外ヲ設ケタルトキハ其場合ニ限リテハ發送アレハ之ニ依リテ相手方ハ意思表示ヲ知リタルモノト看做スモノト謂ハサルヘカラス隨テ意思表示ハ相手方カ之ヲ知リタル時ニ其效力ヲ生スト爲シタル原則ハ少シモ傷ケラレル所ナシト謂フコトヲ得ルニ於テヲヤ反對論者ハ亦表意者カ意思表示ヲ發送シタルトキハ茲ニ意思ヲ發表スル所以ノ手段ヲ盡シタルモノナリ復タ他ニ爲スヘキノ行爲アルコトナシ然ルニ意思表示ハ相手方ヲシテ必ス之ヲ知ラシメサルヘカラスト謂ハハ是レ表意者ニ向ヒテ其行爲ニ屬セサルコトヲ責ムルモノニシテ不能ヲ強フルモノナリト論スト雖モ若シ意思表示ハ相手方カ之ヲ知ルコトニ依リテ其效力ヲ生スト爲スヲ以テ理論上爭フヘカラストモハ表意者カ其行爲ヲ盡シタルノミニテハ未タ意思ノ表示タル要件ヲ充テシタルモノニ非ス表意者カ其行爲ヲ盡スノ外向ホ相手方カ之ヲ知ルコトヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス故ニ主義トシテハ予ハ通知主義ニ左祖スル者ナリ而シテ通知主義ヲ取ルモノトモハ了知主義ニ依ラスシテ到達主義ニ依ラサルヘカラスルコト更ニ叙説

スルコトヲ須ヒスニテハ其效力ヲ生スルモノト爲シタル(第九七條第一項)是レ原則ナリ他ニ特別ノ規定ナキトキハ常ニ之ニ從ハサルヘカラス然レトモ元來意思表示ノ效力發生時期ニ關シテハ孰レノ主義ニ從フモ多少ノ不便ヲ生スル場合アルコトヲ免レシ隨テ多少ノ例外ヲ設ケルコトハ實ニ已ムヲ得サル所トス到達主義ハ理論上相當ト爲スヘキモノナリト雖モ如何ナル場合ニ於テモ意思表示ハ之ヲ受クル者ニ到達スルニ非サレハ效力ヲ生セスト爲ストキハ實際ニ差支ヲ來ス場合ヲ生スヘシ取引ノ敏活ヲ貴フ商事ニ於テハ特ニ然リ故ニ民法第九十七條ニ於テハ原則トシテ到達主義ヲ採用シタリト雖モ商法ニ於テハ通知ヲ爲スヲ必要トスル場合ニ在リテ多クハ通知ヲ發スヘシト規定シ發送ナルコトアレハ則チ是レリト爲シタリ然レトモ第九十七條ノ原則ニ對スル例外ノ主要ナルモノヲ求ムレハ實ニ民法第五百二十六條ナリト爲ササルヘカラス第九十七條ハ隔地者ニ對スル意思表示ハ通知ノ到達シタル時ヨリ效力ヲ生スルヲ原則ト

スルニ拘ハラス第五百二十六條ハ契約ニ於ケル承諾ハ通知ヲ發送シタル時ニ其效力ヲ生スルコトヲ定メタリ即チ隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ヲ生スル時期如何ヲ定ムルコトニ付キ最も必要アル場合換言スレバ日本問題カ立法者並ニ學者ノ間ニ注意セラルルニ至リタル機會ト爲リタル場合トモ謂フヘキモノニ於テ民法ハ通知ノ發送ノミニテ意思表示其效力ヲ生スヘキコトヲ定メタルヲ以テ民法ノ定メタル原則ハ極メテ重要ニシテ而モ最モ廣キ適用アル例外ヲ有スルコトヲ知ラサルヘカラス

立法者カ承諾ニ付テハ發送アレハ此ニ效力ヲ生スルモノト爲シタル理由ヲ想像スルニ主トシテ實際ノ便宜ヲ顧ミタルモノノ如シ即チ立法者ノ見所ヲ以テスレハ承諾ニ付テモ亦到達スルニ非サレハ效力ヲ生セスト爲ストキハ凡ソ左ノ如キ不便アルモノト爲シタルカ如シ

(イ) 到達ノ時期ハ之ヲ知ルコト困難ナルヲ以テ契約ノ成立時期ヲ明カニスルコト容易ナラス

(ロ) 承諾ノ通知到達セザルトキハ契約ノ成立ヲ阻碍シ延著スルトキハ契約

ノ成立ヲ延著スル

(一) 承諾ノ通知ヲ發シタル後其相手方ニ到達スル前ニ於テ申込取消ノ通知到達スルトキハ契約ノ成立ナキモノト爲サザルヲ得

(イ) 通知到達ノ時ハ之ヲ知ルコト困難ナルヤ 使者ヲ以テ承諾ノ通知ヲ爲サシメタル場合ニ於テハ到達ノ時ヲ知ルコト並ニ之ヲ證明スルコト極メテ容易ナリ郵便又ハ電信ヲ以テシタル場合ト雖モ其到達ノ時ハ發送ノ時ト同シ郵便局又ハ電信局ノ消印ノ日附ヲ以テ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ若シ承諾者カ其證據ヲ有スルヲ必要トセハ郵便ニ付テハ配達證明ヲ請フコトヲ得ヘク電信ニ付テハ受信電報ト爲スコトヲ得ヘシ若シ又到達主義ニ依ルトキハ承諾者ハ書簡又ハ電報ノ相手方ニ到達シタルコトヲ知ルニ至ルマテハ契約ノ成立シタルヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルノ不便アリト謂ハハ其反對ニ發送主義ニ依ルトキハ申込者ハ書簡又ハ電報ノ到達スルマテハ契約ノ成立シタルヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルノ不便アリト謂フコトヲ得ヘシ

(ロ) 通知不到達又ハ延著ノ場合ニ於テモ尙ホ通知發送ト同時ニ契約成立スル

モノト爲スハ實際ニ便利トスヘキ所ナルヤハ承諾者ノ側面ヨリ言ハシ甚タ便利ナルヘシ然レトモ申込者ノ方面ヨリ觀レハ極メテ不便ナリト謂ハサルヘカラス而シテ一タヒ便宜ヲ離レテ理論ニ入ルトキハ承諾通知ノ不到達又ハ延著ノ場合ニ於テ發送ト同時ニ契約成立ノ效力ヲ生セシムルコトハ千思萬考スルモノノ理解スル能ハサル所ナリ予ハ或學者ノ如ク使者郵便局又ハ電信局ヲ以テ承諾者ノ代理人ナリトハ信セス然レトモ此等ノ者ハ承諾者ノ爲メニ勞務ヲ供スル者ナルコトハ予ノ疑ハサル所ナリ若シ通知ノ不到達又ハ延著カ使者郵便局又ハ電信局ノ過失ニ因由シタリトセハ承諾者ノ依頼ニ因リ之カ爲メニ勞務ヲ供スル者カ過失ヲ爲シタル場合ニ於テ依頼者タル承諾者カ被害者タラスシテ何等ノ關係ナキ申込者カ被害者タルコトハ如何ナル理論ニ據リテ之ヲ説明スルコトヲ得ルヤ予ノ深ク惑フ所ナリ

(ハ) 承諾ノ通知カ相手方ニ到達スル前ニ於テ申込取消ノ通知到達シタルトキ契約ヲ不成立タラシムルハ實際ニ不便ナルヤハ承諾者ハ承諾ノ通知ヲ發送スルトキハ契約ノ成立ヲ信スルヲ常トスルモノナルニ其相手方ニ到達スルニ先テ

テ申込ノ取消カ到達シタルノ故ヲ以テ契約成立セサルトキハ甚シキ不都合ヲ感スヘシ然レトモ申込者モ亦承諾ノ通知到達セサルヲ以テ相手方カ未タ承諾セサルモノト信シテ申込ノ取消ヲ爲シタルニ承諾者カ取消通知ノ到達前ニ承諾ノ通知ヲ發送シタルノ理由ニ因リ取消ノ目的ヲ達スルヲ得サルハ其不便トスル所ナルヘシ故ニ實際ノ便宜ニ至リテハ未タ容易ニ之ヲ斷言スヘカラサルモノアリ但商事ニ付テ論スルトキハ取引ハ成ルヘク之ヲ成立セシムルヲ以テ全般ノ利益トスヘキカ故ニ此場合ニ於テモ契約ヲ有效ト爲スコト便利ナリト爲スナルヘシ

民法起草者ノ記述スル所ニ依レハ各地ノ商業會議所及ヒ法典調查委員中實業ニ親炙セル諸氏ニ向ヒ實際ノ慣例及ヒ其意見ヲ諮詢シタルニ殆ト異口同音ニ發信主義ニ依ルヘキコトヲ答ヘタリト云フ商業會議所及ヒ有力ナル實業家カ發送主義ヲ採用スヘキコトヲ主張シタル以上ハ商事ニ付テ發送主義ノ便利ナルコトハ既ニ解決ヲ經タルモノニシテ復タ之ヲ爭フ能ハサルヘシ然レトモ商事ニ付テ便利ナルカ故ニ直チニ民事ニ付テモ亦便利ナリト推論スル者アラハ

民法法典ノ外ニ商法法典ヲ制定セラレタル所以ノ精神ヲ解セサルモノナリ予
ハ民事ニ付テハ尙ホ便否ヲ論スルノ餘地アルモノナリト信ス
隔地者ニ對スル意思表示ノ效力ニ付キ我民法ノ定メタル原則及ヒ例外ハ上來
略述シタル所ノ如シ之ヲ意思表示ノ效力問題ニ於テ最モ議論多キ契約ニ於ケ
ル意思表示ニ適用スルトキハ左ノ如キ結果ヲ見ルモノナリ
(一) 申込及ヒ申込ノ取消ハ共ニ相手方ニ到達シタル時其效力ヲ生ス故ニ申込
ノ通知ヲ發シタル後其取消ノ通知ヲ發シ取消ノ通知カ申込ノ通知ト同時又ハ
之ニ先テ相手方ニ到達シタルトキハ申込ハ效力ヲ生セス第五百二十一條及
ヒ第五百二十四條ハ或期間申込ノ取消ヲ爲スコト能ハサルコトヲ定ムト雖モ
此等ノ條文ハ申込カ申込トシテ效力ヲ生シタル場合ニ於テ適用セラレハキモ
ノニシテ申込カ未タ申込トシテノ效力ヲ生セサル場合ニ於テハ其適用ナキモ
ノトス
又申込カ申込トシテノ效力ヲ生シタルトキト雖モ申込者カ承諾ノ通知ヲ受ク
ルニ相當ナル期間ヲ經過シタル後相手方カ承諾ノ通知ヲ發スル以前ニ於テ申

ト爲ラハ其時始メテ國際法ナルモノハ萬國ノ承認ニ因リテ成立スト謂フコト
ヲ得ン現在ノ有様ニテハ法理論上ニハ萬國ノ承認ト謂フモ實ハ大國ノミ之ヲ
承認スレハ國際法ハ此ニ成立シ小國ハ服從即チ默諾スルノミ但此默諾モ「モ
「モーア」言ヘル如ク承認ノ一方法ナルカ故ニ之ヲ表出セハ現在ノ成文の國際
法ハ左ノ如シ

- 大國共ニ……………默認……………慣行ニ因リテ成レル國際法
- 小國ノミ……………明諾……………小國ノ調印ナキ列國會議ノ決議等ヨリ成レル國際法
- 大國ノミ……………默諾……………萬國ノ調印セル決議案等ヨリ成レル國際法
- 小國共ニ……………明諾……………

第四章 國際法ノ分類及ヒ非常國際法ノ內容

第一節 國際法ノ分類

「グローチア」以來國際法ノ分類ハ各學者ニ依リ大ニ差異アリ試ニ一二ノ例ヲ

國際法(非憲) 條約 國際法ノ分類及ヒ非常國際法ノ內容 國際法ノ分類

舉クレハ「グロートアス」ハ自然的國際法ト任意の國際法トニ分テ「ハレト」ト「大學」
 教授「ツオル」フ「如キハ千七百四十九年ニ出版セル著書ニ於テ自然的の即チ必要國
 際法、任意的國際法、盟約的國際法、習慣的國際法ト爲セリ「ホキートン」「デビス」ノ
 如キモ此分類法ヲ踏襲セリ獨逸派學者中「ガライス」ハ「フター」「リビエール」「マル
 タンス」「ウルマン」等ハ大抵平時國際法ニ重キヲ置キ非常國際法即チ戰時及ヒ中
 立國際法ノ如キハ極メテ簡單ナリ是レ材料ノ尠ナル獨逸國ニ取リテハ理ナ
 キニ非ス抑モ國際法中最モ正確ニシテ且完全ナル發達ヲ爲シ幾多ノ先例ヲ有
 シ又將來ニ向ヒテ一層發達進步ノ望アルハ戰時及ヒ中立法規ナリ然ルニ此部
 分ヲ省キテ顧ミサルガ如キハ一大缺點ナリト謂ハサルヘカラス予ハ茲ニ戰時
 及ヒ中立法規ノ必要ナル所以ヲ説明スヘシ

(一) 戰爭ト國際法トノ關係

予ハ先ツ「メイニン」ノ言詞ニ倣ヒ戰爭ハ國際法ノ母ナリト斷定ス「メイニン」ハ曰ク「グ
 ロートアス」ハ戰爭ハ技術ニ非スト云ヒタルモ今ヤ戰爭ハ級密ナル技術ト精細
 ナル方法ヲ要スル一技術ナルノミナラス諸般技術ノ母ナリ看ヨ幾多ノ工藝技

術ハ戰爭ノ爲メニ發達セルニ非スヤ「下」戰爭ハ唯リ工藝技術ノ母ナルノミナラ
 ス又國際法ノ母ナリ上古ニ於テハ戰爭ノ方法極メテ殘酷ニシテ俘虜負傷者ヲ
 殺戮シタルノミナラス往往之ヲ寸斷セリ此殘酷ナル戰爭法ヲ抑制セントシ考
 ハ漸次ニ發達シ來リ爲メニ戰爭ニ關スル法規ノ發達ヲ促セリ「グロートアス」ハ
 平戰條規ヲ世ニ公ニシ「一世」ノ注意ヲ喚起セシム抑モ何ノ故ゾ是レ三十年戰爭
 ノ影響ト謂ハサルヲ得ス「ローレンス」最近國際法疑問論彼ノ三十年戰爭ハ極メ
 テ慘酷ヲ極メタルカ爲メ人心競競トシテ枕ヲ高クスルコト能ハザリキ新ル狀
 態ニ在リタル時世ノ必要ハ終ニ「グロートアス」ヲシテ平戰條規ヲ世ニ公ニスル
 ノ巴ムヲ得サルニ至ラシメタルナリ彼ノ「ウエストフアヤ」條約中ニハ「グロ
 テアス」ノ平戰條規ノ趣旨ハ多ク適用セラレ「グスターバース」「アドルフ」ノ如キ
 常ニ陣中ニ平戰條規ヲ携ヘ之ヲ枕ニセシト云フ此ノ如ク戰爭其モノハ「グロ
 テアス」ヲ出シ其國際法論ヲ世ニ行ハシムルニ至レリ次ニ顯著ナル實例ハ有各
 ナル亦十字條約ノ起源ナリ「グント」國際法第四七一頁、第四七二頁亦十字條約
 歴史ハ「レオニード」「カゼノール」ノ記述ヲ以テ最モ正確ナリトス其記事ニ曰ク「シ

「テロ」ノ市民ヘンリイデナシニ千八百五十九年ノ戰爭中伊太利ヲ漫遊シ「ソル
 フリノー」ノ戰爭ニ於テ其慘憺タル實況ヲ觀察セリ當時負傷者ノ苦痛セル狀態
 ハ「ジュネン」ニ大威激ヲ與ヘ遂ニ彼ヲシテ「ソルフェリノー」紀念ナル書ヲ著スニ
 ラシメタリ此書ハ千八百五十九年六月二十五日二十六日及ヒ二十七日ノ戰爭
 ヲ記シ瀕死ノ負傷者ヲ乘セタル列車カ續續カステリオテ市ニ赴キタル爲メ忽
 ニシテ該市ハ一ノ貧窮ナル病院ト化シタルモ醫藥其他ノ器具ノ缺乏ヲ來シ治
 療ノ目的ヲ達スル能ハスシテ已ムナク其負傷者ヲシテ死ニ陥ラシメタル慘
 狀ヲ現出セリ是ニ於テカ多情ナル「ジュネン」ニ終ニ之ヲ默視スルニ忍ヒス其救濟
 ノ方法ヲ論スルノ目的ヲ以テ之ヲ歐羅巴全體ノ同情ニ訴アルコトト爲シ遂ニ
 千八百六十三年十月二十六日ヲ以テ歐洲諸強國及ヒ諸慈善團體ヲシテ「ロ
 プ」ニ會合スルニ至ラシメタリ是レ赤十字條約ノ起源ナリトス今日ニ於テハ歐
 羅巴ノ全體及ヒ其他文明國ハ此赤十字條約ヲ贊成シ國際法ノ一大淵源ヲ爲ス
 ニ至レリ此ノ如ク赤十字條約ノ起源ハ實ニ「ソルフェリノー」ノ戰爭ニ基因スルモ
 ノナリ茲ニ注意スヘキ點ハ國際法ノ淵源ヲ爲スヘキ條約ハ大抵戰爭後ニ締結

セラレタルモノナルコト是ナリ現ニ歐羅巴列國ノ組織ヲ作りタル「ヴェストファ
 リヤ」條約ハ三十年戰爭ノ後ニシテ「ユートレクト」條約ハ西班牙王位繼承ノ戰爭
 後ニ又維納條約ハ「ナポレオン」ノ戰爭後ニ有名ナル「巴里宣言」及ヒ「巴里條約」ニク
 リミヤ戰爭後ニ締結セラレタルモノナリ次ニ又「ブルッセル」會議ニ依リ定メラ
 レタル陸戰公法ハ實ニ普佛戰爭ノ結果ナリ「メイ」國際法第二四頁若シ夫レ
 「ジュネン」外交文書彙纂又ハ「ハートレット」ノ條約彙等ヲ播カハ多クノ條約ハ皆戰爭
 後ニ締結セラレタルモノナルコトヲ知ルニ足ルヘシ故ニ戰爭ナルモノハ「メイ
 シ」ノ論セシカ如ク技藝ノ發達ヲ助クルノミナラス又國際法ノ母ナリ
 (二) 國際法中完全ニ國際法ノ形ヲ具備スルハ戰時及ヒ中立法規ナリ
 前ニ論述シタルカ如ク國際法ハ戰爭ニ因リテ發達シタルモノナリ而シテ其結
 果タル國際法ノ實質中最モ主要ナルモノヲ舉ケレハ「巴里」ノ宣言セント「ビー
 ースブルグ」ノ宣言赤十字條約等ニシテ更ニ一層完全ナル制裁ヲ有スルハ中立
 法規中封港ニ關スル法規海上捕獲ニ關スル多クノ法規等是ナリ凡ソ國際法ノ
 他ノ部分ハ完全ナル法律的制裁ヲ有セス然レトモ此捕獲ニ關シテハ國際的ノ

制裁ヲ有スルハ第一節ニ論シタルカ如シ要スルニ國際法中最モ完全ナル發端
ヲ爲シ、オースチン派ニ於テモ法ナリトシテ之ヲ許スモノハ即チ此法ナリ
抑モ戰爭一タヒ起ルトキハ次ニ表出スル場合ノ中A、B、D、E、Hニ於テ交戰國ハ
外國貨物ニ法律的制裁ヲ加フルコトヲ得ルヲ非常國際法ノ原則トス

戰爭

II. 軍 戰 闘

(2) 中立國船舶中ノ

- I. 實際戰闘 (1) 交戰國船舶中ノ
 - A. 敵國貨物(禁制品)……共ニ法律上正當ノ捕獲ト爲ル
 - B. 中立國貨物中ノ禁制品……Aニ同シ
 - C. 中立國貨物中ノ非禁制品……正當ノ捕獲ト爲ラス
 - D. 敵國貨物中ノ禁制品……法律上正當ノ捕獲ト爲ル
 - E. 敵國貨物中ノ非禁制品……正當ノ捕獲ト爲ラス
 - F. 敵國行中立國貨物中ノ禁制品……法律上正當ノ捕獲ト爲ル
 - G. 中立國貨物中ノ非禁制品……正當ノ捕獲ト爲ラス
 - H. 封港犯ヲ犯シタル場合……正當ノ捕獲ト爲ル

此表中A、B、D、E、Hノ場合ニハ交戰國ノ一方ハ之ヲ自國裁判所ニテ正當ノ捕獲
ト爲シ沒收ノ判決ヲ下スモ第三國ハ之ニ對シテ異議ヲ挾マサルヲ原則トシ經

合其判決ノ爲メニ其國民カ損害ヲ被ルモ其政府ハ斯ル自由國民ヲ庇護セザル
ヲ以テ中立ト爲シ其國民カ交戰國ノ正當ナル制裁ヲ被ルニ任ス即チ換言ス
ルハ上記ノ場合ニ於テハ交戰國ハ國際法ノ原則ニ依リ他國民ニ法律的制裁自
國ノ裁判所ニ引致シ之ヲ裁判スルコトヲ與フルヲ得ルモノニシテ此制裁ハ戰
争ニ因リテ生スルモノトス而シテ此法律的制裁ヲ有スルハ即チ國際法中捕獲
及ヒ中立ニ關スル法規ナリトス凡ソ國際法中他ノ部分ニ於テ此ノ如キ明確ナ
ル法律的制裁ヲ有スル部分アラズ

(三) 國際法ノ觀念中最モ早ク發達シタルハ戰時ニ關スル法規ナリ
此事ハ日本、支那、西洋ヲ通シテ特異ナル現象ナリ是レ古代戰爭ノミヲ事トセル
國民間ニハ又已ムヲ得ザル必要ヨリ起ルモノニシテ相互ニ戰爭ニ關スル法規
ヲ攻究セシ結果ニ外ナラス試ニ「ホナック」ノ國際法歴史及ヒ「ベーン」ノ國際法年表
ヲ精キテ之ヲ見レハ吾人ハ古代ニ於テ既ニ軍使間諜中立國ノ領海封港捕虜交
換等ノ規則ヲ見出スヘシ故ニ曰ク戰時ニ關スル法規ハ國際法中最モ早ク發達

セルモノナリト(ウェストレーキ)國際法第三章ノ最初ノ國王論ニ於テ云フ

(四) 戰時及ヒ中立ノ權利義務ハ歐羅巴協調又ハ大強國主義ノ影響ヲ被ラス
 國際法ノ原則中國家平等ノ原則ハ一般學者ニ依リ必要ナリト説明セラルルニ
 モ拘ハラヌ歐羅巴協調ノ爲メ壓倒セラレ法律上平等タルヘキ小國モ大國ノ強
 力ニ服從セシメラルルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ此大強國ノ團體タ
 ル歐羅巴協調モ蹂躪壓倒スル能ハサルハ戰時及ヒ中立法規ニ於テ其多キヲ見
 ル此法規ニ關シテハ小國ハ大國ト共ニ平等ニ之カ地位ヲ保持スルコトハ「ロー
 レンス」巧ニ之ヲ説ケリ曰ク「ジャーマン」モ將タ小國タル和蘭モ共ニ捕虜ニ關シテ
 ハ仁愛的主義ヲ以テ之ヲ取扱ハサルヘカラス英國ノ領海ハ希臘ノ領海ヨリ長
 距離ヲ有スル能ハス埃太利普滯西佛蘭西ノ國旗ヲ樹ツルモ西班牙瑞典ノ船舶
 ト同シク敵國ニ行クヘキ禁制品運送ノ許可ヲ得ルコト能ハス是レ實ニ戰時及
 ヒ中立法規ノ卓然タル所以ナリ最モ平時國際法ニモ亦斯ル部分ナシトハ云ハ
 ス然レトモ予ハ唯戰時及ヒ中立法規ハ此種ノ規則平時法規ニ比シテ比較的の多
 數ナルコトヲ云フニ在ルノモト下

(五) 實用多キハ戰時及ヒ中立法規ナリ

戰時及ヒ中立法規ニハ制裁ヲ有スルモノアリ隨テ之ヲ實行スルコトヲ得ヘシ
 何トナレハ此實行ニ依リ外國ノ干渉ヲ惹起スルコト稀ナルカ故ナリ平時ノ規
 則ハ確定ノ制裁ヲ有セサルヲ以テ之ヲ實行スルコト能ハサル場合アリ是レ平
 時公法ト戰時及ヒ中立法規トノ間ニ差異アル點ナリ

此ノ如ク戰時及ヒ中立法規ハ國家ノ依頼スルコトヲ得ル重要法規ナルニモ拘
 ハラス歐洲大陸學派ハ往往之ニ重キヲ置カス殊ニ海上ニ關スル法規ノ研究ヲ
 怠リ我邦ノ如キモ平時公法ノ研究ニノミ重キヲ置クハ國際法研究上ノ一大缺
 點ト謂ハサルヘカラス

非常國際法ニ於テハ戰爭ニ因リテ國際間ニ生スル左ノ權利義務ヲ研究スルヲ
 要ス

第一 敵人敵國敵國財產ニ對シテ交戰國相互ノ有スル權利及ヒ義務

第二 交戰國カ中立國ニ對シテ有スル權利

第三 中立國ヨリ交戰國ニ對シテ有スル權利

予ハ次ニ非常國際法ノ內容ニ關シテ更ニ一言セシム

第二節 非常國際法ノ内容

此内容ニ關シテハ古來ノ學者其觀ル所ヲ異ニセリ

第一 最狹範圍ノ學說 此學派ニ屬スル人ハ戰時公法ヲ戰爭其モノノ法規ナリトシ先ツ戰爭ノ定義ヲ下シテ戰爭トハ國家ト國家トノ間ニ於テ意思ノ衝突ヲ決定スル爲メニ實力ヲ以テスル爭鬪ナリトシ且曰ク國家ト國家トノ間ニ此事實アルトキハ即チ戰爭ト稱スル關係アルノトキナリ此關係ハ即チ戰時公法ノ眼目ニシテ茲ニ至ル原因ノ如何ハ之ヲ問フコトヲ須ヒス唯我實力ヲ以テ敵ノ實力ヲ破リ以テ敵ヲ屈伏スルコトヲ努ムルノミ之ト同シク交戦ノ法律ニ於テハ開戦ノ理由ヲ問フコトナク唯實力決争ノ事實ヲ標準ト爲シ此事實アルトキハ即チ此法規ヲ適用スルナリト

此場合ノ戰爭公法ハ第十七世紀ノ學者ノ所謂「ユーレー・ベリ」ニ外ナラス即チ戰爭其モノニ關スル法規ヲ以テ戰時公法ト爲スモノニシテ非常國際法ナルモノハ斯ル狹義ノモノニ非ス戰爭ノ第三國ニ及ホス影響ヲモ攻究スルモノナリ

第二 最廣範圍ノ學說 此派ノ學說ハ彼「フリモア」トウ「ホイトン」

「レンス」等ノ主張スル所ニシテ戰時公法中ニ戰爭前ニ於ケル國際爭議ノ和解方法タル押收報復等ヲ入レ又戰爭中ニ於ケル戰爭其モノノ法規ヲ包含シ又戰爭中ニ於ケル中立國トノ關係即チ中立法規及ヒ戰爭ノ終局結果ヲモ入ル此派ノ内容トスル所ハ廣キニ失ス何トナレハ實際戰爭ノ起ル前ノ國際爭議ノ和解手段即チ平時國際法ノ内容ヲモ非常國際法ノ内容ニ含マシムルヲ以テナリ

第三「ホール」等ノ學說 此派ノ說ハ國際法全體ヲ平時公法論戰時公法論局外中立法論ノ三部ニ分チ戰時公法中ニハ彼ノ戰爭前ノ調停仲裁等ヲ入レス又戰時ニ於ケル交戦國ト中立國トノ中立關係ヲモ除キ別ニ中立法ヲ設ク是レ固ヨリ學者ノ見識ニ一任スヘキモノニシテ一ニ講述ノ便宜ニ因ルモノナリト雖モ予ヲ以テ之ヲ觀レハ元來局外中立ナルモノハ戰時ニ於ケル國際關係ノ事實ナリ然ラハ國際關係ノ平時ニ屬スルモノヲ常時國際法ニ入レ戰時ニ關スルモノハ戰爭其モノ及ヒ中立法モ非常國際法ニ入ルルコトヲ以テ法理上適當ナリト信ス

第四「ウォルカー」等ノ學說「ウォルカー」外「パツナル」「フォルガソン」「ワイルドマン」「アプトン」「オルトラン」等多數ノ學者ハ國際法ヲ平時戰時ニ分テ戰時中ニ開戦前ノ國際爭議ノ和解手段ヲ除キ其他戰爭國トノ關係中立國トノ關係一切ヲ以テ國際法ノ内容ナリトセリ予ヲ以テ觀レハ研究上其當ヲ得タルモノナリト信ス殊ニ「ウォルカー」氏ノ區別法ヲ最モ可ナリト信ス氏ハ國際法ヲ分チテ國際間ノ權利義務ノ常態ナルト變例ナルトニ依リ常時及ヒ非常國際法ト爲シ非常國際法中ニ於テ戰爭其モノノ法戰爭ノ影響即チ戰爭ノ敵國及ヒ自國ニ及ホス影響ト中立國ニ及ホス影響トヲ詳述セリ

本論

第一編 戰爭ノ本義

第一章 戰爭ノ定義及其性質

第一節 戰爭ノ定義

「ウエストレーキ」ノ著書第三章ニ言ヘルカ如ク國際法ノ中戰爭ニ關スル部分ハ

他ノ部分ニ先チテ殊ニ一科ヲ爲シタルハ怪シムヘキノ事實ニ非ス蓋シ今日ニ於テモ戰爭ハ國際關係中最モ著シキモノナリ左レハ彼ノ第十六世紀及ヒ第十七世紀ニ於テハ一層然リシナラント是ヲ以テ「エイヤラ」ノ戰爭ノ權利義務及ヒ「軍律論」ヲ始メトシ「モンチリス」ノ「戰論」「グローチアス」ノ「兵戰條規」以來戰爭ニ關スル著書多ク隨テ戰爭ノ何モノタルカニ付キ議論未タ一定セス試ニ古來學者ノ戰爭ニ關スル定義ヲ擧ケテ之ヲ取捨シテ一定義ヲ確定セントス

(一)「モンチリス」ノ定義 英國「ホルランド」ノ考證的研究ニ依リ「モンチリス」ノ國際法ニ盡セル所ヲ公ニセシヨリ「ホルランド」ノ一文ハ端ナクモ歐洲ヲ震動シテ國際法ノ始祖タル榮譽ヲ「グローチアス」ヨリ奪フニ至ラントセリ其有名ナル著書「ユーレ」ベリ」即チ戰爭法ニ於テ彼ハ定義シテ曰ク「戰爭トハ正當ナル方法ニ依リ兵力ヲ以テ執行スル公ノ争鬪ナリト

英國「ケンブリッヂ」大學ノ「ウォルカー」ハ此定義ヲ賞讃シテ其著書中ニ之ヲ採用シテ之ヲ分析シテ次ノ二要素ヲ含ムト爲セリ

(イ) 法律上正當ナル戰爭ハ正當ナル權力ニ依リ執行セラレサルヘカラス

(ロ) 法律上正當ナル戰爭ハ正式ナル方法ヲ以テ執行セラルルコトヲ要ス

(二)「グローチアス」ハ曰ク「戰爭トハ力ニ依リテ争フ所ノ二者ノ有様若クハ狀況ヲ謂フ」ト「ツウイス」之ヲ評シテ曰ク「グローチアス」ハ「戰爭ナル文字ニ總テノ力ノ争ヲ包含セシメタリ是ヲ以テ「グローチアス」所謂戰爭中ニハ箇人ノ單獨ナル争闘ヲモ合ミ現ニ氏ハ此箇人ノ争闘ヲ以テ私戦ノ一ト看做セリ然レトモ是レ大ナル誤謬ニシテ今日國際法上ニ戰爭ト稱スルモノハ此ノ如キモノニ非サルナリ又更ニ注意スヘキ點ハ「グローチアス」ハ「戰爭ヲ以テ單ニ當事者間ノミノ關係ト爲セリ是レ亦謬見タルヲ免レス戰爭ナルモノハ之ヲ國際ノ權利義務ノ上ヨリ觀察スレハ單ニ交戰國ノミノ有様ニ非スシテ之ヲ國際ノ權利義務ノ上ヨリ觀察スレハ單ニ交戰國ノミノ有様ニ非スシテ更ニ現實ノ争闘ニ關係ナキ第三者即チ「ニューラル、バルチウム」タル中立ノ地位ニ在ル者ニモ必ス一定ノ權利義務ヲ負ハシムヘキモノナラサルヘカラスト故ニ「グローチアス」ノミナラス古來ノ學者中戰爭ノ種類ナル題目ノ下ニ種種ノ戰爭ヲ舉タルト雖モ戰爭ナル文宇ハ之ヲ濫用スヘキモノニ非ス交戰國及ヒ中立國ニ對シテ當時國際間ノ權利

義務ト異ナル權利ヲ負ハシムルモノニ非サレハ之ヲ戰爭ト云フコトヲ得サルナリ「フウイス」戰時國際法第四六頁參照ト

(三)「ピンケルシート」氏ハ「グローチアス」ヲ定義ヲ批難セリ然レトモ氏モ「グローチアス」ト同シク戰爭ハ當事者カ争闘ヲ爲ス狀況ニシテ争闘行爲又ハ争闘自身ニ非ストセルコトハ相一致セリ其定義ニ曰ク「戰爭トハ獨立團體カ其權利ヲ保護スル爲メ強力又ハ謀略ニ依リテ爲ス争闘ノ狀況ナリ」ト「ワイルドマン」之ヲ評シテ曰ク「戰爭ナルモノハ元來主權國カ兵力ニ依リテ其要求ヲ遂クルモノナリ」ト「ピンケルシート」カ之ニ謀略ナル文字ヲ加ヘタルハ誤レリ何トナレハ謀略ナルモノハ兵力適用ノ一方法ニ過キサレハナリト實ニ然リ然リト雖モ戰爭ヲ主權國間ニ限レルハ狭キニ失ス故ニ此評論自身モ亦不完全ナリト謂フヘシ「フウイス」ハ「ピンケルシート」之ヲ評シテ曰ク「彼ハ獨立團體即チ政治上ノ長者ヲ有セサル獨立團體ナル文字ヲ用ヒシ點ニ於テハ「グローチアス」カ普通ノ一箇人ヲモ戰爭ノ能力アリトセシニ比シ少シク制限ヲ設ケタルモノナレトモ唯之ノミヲ以テハ一國內ニ於ケル團體ニテモ政治上ノ首長ナキ場合ニハ其間ノ争闘ヲ戰爭ト看

做シ私戰ヲ認ムルノ定義ナリ故ニ「グロートアス」ノ定義ト五十歩百歩タルヲ免
レス唯ビンケルシ「ク」ハ戰爭ノ目的トシテ權利ノ保護ヲ舉ケタルハ「グロート
アス」十分ニ述ヘサル所ヲ明カニセルモノナリト

(四)「ミーコン」曰ク「戰爭トハ權利ノ最後ノ裁判ナリ何トナレハ國王及ヒ國家ハ
地球上ニモ最高權力ヲ認メサルカ故ニ最後ノ裁判トシテ兵器ニ依リ神ノ決斷
ニ一任セサルヘカラサレハナリト」氏ハ戰爭ヲ以テ一ノ裁判ト看做シタルモノ
ニシテ其戰爭ヲ以テ國家ノ争トセルハ大ニ進歩シタル觀念ナリトス「ツウイス」
(五)「ホアプス」曰ク「戰爭トハ詞タルト行爲タルトヲ問ハス強力ニ依リテ争闘ス
ルノ意思又ハ企圖ヲ十分ニ明示シタル時ニ存スルモノナリト」是レ實ニ不完全
ナル定義ナリ此定義ニ依レハ戰爭前ノ強行の解決手段タル報復押收等モ戰爭
ト謂ハサルヘカラサルニ至ル是ヲ以テ「マンニング」ハ之ヲ評シテ曰ク此定義ハ
不完全タルヲ免レス今歴史ノ一例ヲ舉ケンニ千四百七年ニ締結セル「ヘンリー」
第六世ト「ルイ」第十一世トノ間ノ十年間平和條約ニ依レハ若シ兩國ノ一ニシテ
他ノ市街村落ヲ砲撃スルコトアルトキハ他國モ同シク相手國ノ市街村落ヲ攻

撃スルコトヲ得ヘシ然レトモ之カ爲メニ平和ヲ破ルコトアルヘカラストアリ
以テ強力ヲ用フルモ戰爭ニ至ラサル場合アルコトヲ知ルニ足ラント評シ得テ
明瞭ナリ
(六)「スピノザ」曰ク「戰爭トハ強者カ弱者ニ加フル自然的ノ實行ナリト」是レ實
ニ不當ノ定義ニシテ戰爭ハ必スシモ強者カ弱者ニ加フモノニ非サルコトハ
言フ埃タス

(七)「バチル」曰ク「戰爭トハ力ニ依リテ權利ヲ強行スルノ狀況ヲ謂フト」氏ハ更
ニ之ヲ説明シテ曰ク「吾人カ力ニ依リ權利ヲ執行スルノ行爲自身及ヒ方法ヲ指
シテ戰爭ト謂フナリト」此定義ト説明トニ依ルトキハ氏ハ戰爭ヲ以テ狀況ナリ
トシ行爲ナリトシ又方法ナリトモリ其混雜曖昧ナルコト多辯ヲ要セスシテ明
カナリ
(八)「マンニング」曰ク「戰爭トハ國ト國トノ間ニ平和的關係杜絶シ各國ノ主權
者ニ依リ權利ヲ付與セラレタル強力ノ一般争闘ノ狀況ヲ謂フト」此ノ如ク「マン
ニング」ハ戰爭ヲ以テ狀況ナリトセリ此定義ハ大體ニ於テ「ゼンチリス」ニ似タル

所アリ唯國ナル觀念ヲ明言シタルハ一歩ヲ進メタルモノト謂フヘシ
(九)「ワイルドマン」ハ前ニモ述ヘタルカ如ク戰ハ國ト國トノ間ニ存スルモノト
云ハスシテ主權國ニ限ルトセリ其定義ニ曰ク戰爭トハ主權國カ武器ニ依ル強
カヲ以テ其權利ヲ主張スルモノナリト合衆國ノ野戰訓令モ亦之ト同一ノ定義
ヲ下セリ是レ少シク狹隘ニ失ス戰爭ハ必スシモ主權國間ニ限ラス交戰團體モ
戰爭ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

(二)「ハレック」曰ク「戰爭トハ強力ニ依リ行ハルル國家間又ハ國家ノ一部間ノ争闘
ナリト氏ハ更ニ之ヲ説明シテ曰ク「或ハ余ノ定義ヲ以テ不完全ト爲ス者アラン
蓋シ此定義ニテハ一國內ノ家族又ハ黨派間ノ争闘ヲ合マサルヲ以テナリ然レ
トモ仔細ニ研究セハ此等ノ争闘モ實ハ一國ノ一部ノ争闘ニシテ此定義中ニ包含
スルモノト知ルヘシ」下斯ク「ハレック」其定義ノ狹キヲ憂ヘ強テ國內黨派ノ争闘
ヲモ包含セシメント欲スルモノ予ヲ以テ之ヲ觀レハ氏ノ定義ハ却テ廣キニ失シ
當然國際法上戰爭ト觀ルヘカラサルモノヲモ之ヲ戰爭中ニ合マシメント欲ス
ルモノナリ

(二)「ラビエール」曰ク「戰爭トハ武器ノ力ヲ以テ行フ所ノ國家間ノ争闘ナリト此
定義ハ漸ク完全ニ進ミ唯單ニ國家ト謂フヲ以テ交戰團體ヲ含マス故ニ次ノ「ロ
ーレンス」ノ定義ヲ最モ完全ニ近シト信ス「ローレンス」曰ク「戦争ニハ
戰爭トハ國家或ハ戰爭ニ關シテ國家タルノ權利ヲ有スル團體ノ間ニ公然兵
力ヲ交フルヲ謂フ
以上予ハ諸大家ノ定義ヲ列舉シ來レリ今此等諸大家ノ認メテ戰爭ノ要素ト爲
セルモノ及ヒ其性質ト爲セルモノニ關シ主要ナル點ヲ舉示セン

- (一) 或ハ戰爭トハ行爲ナリト謂ヒ或ハ争闘ヲ爲ス當事者間ノ狀況ナリト謂フ
- (二) 戰爭ハ單ニ力ノ争ナリト解ク者ト武器ニ依ル争ナリト解ク者ト又力及ヒ謀略ニ依レル争ナリト解ク者トアリ
- (三) 戰爭トハ(A)國ト國トノ争ナリト解ク者ト(B)主權國ト主權國トノ争ナリト解ク者ト(C)國ニ限ラス商人間ノ争ヲモ含ムト解ク者ト(D)國ニ限ラス國內團體黨派間ノ争ヲモ含ムト解ク者ト(E)「ペンケルシューク」ハ「ハレック」(E)國ニ限ラ

ス戰爭ヲ爲シ得ルト國際公法上認メラルル團體ト國上ノ争ヲモ含ムトスル者トノ數派アリ

(四) 戰爭トハ權利ノ保護ヲ目的トスルモノト解ク者ト否トアリ

(五) 戰爭トハ最終ノ裁判ナリト解ク者ト否トアリ

(六) 戰爭トハ武裝的自衛ナリト解ク者(フルガソン)如キ)ト必スシモ自衛ノ活動ニ非スト解ク者トアリ

(七) 戰爭トハ意思ノ衝突ニ基クト解ク者有賀君ノ如キ)ト否トアリ

予ハ茲ニ此等ノ異ナリタル要點ニ關シ評論ヲ下サス先ツ予カ正當ナリト認ムル戰爭ノ定義ヲ舉ケ次ニ節ヲ分チテ戰爭ノ要素性質ヲ明カニセハ上記諸異見ニ關スル取捨ハ別ニ説明ヲ要セサルコトト信ス

予カ最モ適當ナリト信スル戰爭ノ定義ハ左ノ如シ

國家及ヒ列國ノ承認セル交戰團體ノ間ニ公然兵力ヲ以テスル争ニシテ必ス國際間ニ非常ノ權利義務ヲ生スルモノヲ謂フ

予ハ是ヨリ戰爭ノ性質ト要素トヲ述ヘテ此定義ヲ説明セシム

第二節 戰爭ノ性質

戰爭ノ性質ヲ分析研究スルニ先チ「フリアー」氏ノ戰爭論ヲ紹介セシム(「フリアー」第三卷第五十九節)

抑モ戰爭法ノ必要ナル所以ハ社會ノ擾亂セルニ基因スルコト恰モ刑罰法ノ必要ハ一箇人ノ擾亂スルニ必要ナルカ如シ(「フリアー」氏ノ言)夫レ戰爭トハ共同主權ヲ戴カサル各國ノ國民カ其權利ヲ確メシカ爲メニ國際間ノ權利ヲ實行スルモノニ外ナラス故ニ戰爭ハ左ノ三要素ヲ含マサルヘカラス

(一) 戰爭ハ必ス一國ノ公ノ權力者ニ依リテ行ハレ且其公ナル權力者ノ指揮ノ下ニ屬スル者カ公命ニ依リテ執行スルモンタラサルヘカラス是ヲ以テ社會ノ一員タル箇人間ノ戰爭ナルモノニアリ得ヘキモノニ非ス此ノ如キ場合ニ於ケル箇人ノ争ハ結局國法ノ違反ニ外ナラス之ヲ目シテ戰爭ト爲ス能ハス

(二) 戰爭ハ必ス侵害ノ修補權利ノ復起及ヒ國際ノ秩序ノ回復ヲ其終局ノ目的トセサルヘカラス

(三) 故ニ戰爭ヲ爲ス方法ハ第二ノ目的ト反セザルヲ要ス
 若シ戰爭ナルモノハ慘酷ヲ極ムルモ差支ナク交戦者雙方ノ認メテ便利ト爲ス
 所ハ如何ナルコトヲモ爲シ得ルト云フカ如キハ耶蘇救國ノ不名譽ト謂ハサル
 ヘカラス隨テ次ノ反對主義者ヲ辯駁セザルヘカラスビンケルシヨク氏ハ敵ニ
 對シテハ如何ナルコトヲ爲スモ皆合法ナリトセリ氏曰ク汝ハ彼カ汝ニ與ヘタ
 ル侵害ニ對シテ戰爭ヲ爲スコトヲ得汝ハ彼ノ臣民ヲ攻撃スルコトヲ得又殺ス
 コトヲ得彼レ一兵器ヲ持タサルモ之ヲ殺スコト固ヨリ差支ナシ汝ハ暗殺者ヲ
 備フコトヲ得又彼ヲ毒殺スルコトヲ得又彼ヲ奴隸ト爲スモ差支ナシ試ニ見ヨ
 判事ハ一ノ犯罪者ニ死刑宣告ヲ爲シ刑ノ執行者ヲシテ彼ノ兵器ヲ携帯セザル
 獄中ノ犯罪人ヲ殺サシムルニ非スヤ然レトモ世ノ學者之ヲ不正トセスト是レ
 大ニ誤レル論ナリ刑法上ノ犯罪者ノ場合ニハ疑モナク該犯罪者ハ罪人ナリ而
 シテ其死刑ハ明カニ法律ニ依リテ命セラレタルモノナリ正不正ノ理判然タル
 モノニシテ犯罪人カ刑ヲ受クルハ當然ナリ然ルニ戰爭ノ場合ニ於テハ交戦國
 各自ヲ以テ正ト爲シ正不正未タ判然セス故ニ戰爭ニ從事スルノ人ヲ以テ直チ

ニ刑法上ノ犯罪者ト同シク惡事ヲ爲シタル不正者ト觀ルハ法理ニ於テ誤レリ
 ト謂フヘシ云云

此「フアリモア」氏カ批評ハ實ニ其當ヲ得タルモノナレトモ其戰爭三要素說ハ
 未タ完全ナリト謂フヲ得ス何トナレハ權利保護ヲ要素トセルカ故ナリ予ハ是
 ヨリ此權利保護說ヲ辯駁シ竝ニ前節ニ列舉セル諸疑問ヲ解スル爲メ戰爭ノ性
 質ヲ分析研究セム

第一 戰爭ハ單ニ權利保護ヲ要素トセス 其理由ハ「マンニング」氏既ニ六十年
 ノ昔ニ之ヲ説明セリ曰ク「バトル」氏戰爭ヲ定義シテ強カニ依リテ吾人ノ權利ヲ
 執行スル狀況ナリト曰ヘリ然レトモ不幸ニモ古來ノ戰爭ハ權利保護ノ爲メニ
 セザルモノ甚タ多ク此定義ヲシテ成立セシムヘキ實例少キヲ恨ム「下實」ニ「マン
 ニング」言ヘル如ク古來ノ戰爭ハ政略ノ爲メ宗教教育ノ爲メ王位繼承等王室
 ノ關係ノ爲メニセルモノ多キハ歴史ノ證明スル所トス故ニ權利ノ保護ハ必ス
 シモ戰爭ノ要素ニ非ザルナリ

第二 戰爭ハ單ニ交戦國間ノ關係ナルヤ 戰爭ヲ以テ兩者間ノミノ關係ト爲

スハ「グロリーチアス」等ノ意見ニシテ若シ戰爭ヲ此ノ如キモノト爲ストキハ戰爭ハ國內ノ爭鬪ト國際法上ノ戰爭以外ノモノヲモ合ムト同時ニ戰爭ニ依リ生スヘキ第三國ノ權利義務ノ關係ヲ無視スルコトト爲ル是レ「ツウイニス」氏ノ論セルカ如シ此關係ハ「ツウアルカイ」氏ニ依リ最モ明瞭ニ說明セラルル氏曰ク「戰端一タヒ開タルトキハ國際間ニ異常ナル關係ヲ生ヌ即チ(一)交戰國雙方間ニ於テハ戰時公法ニ依リテ規定セララルル關係ヲ生シ(二)交戰國ト第三國トノ間ニ於テハ中立法規ニ依リテ規定セララルル關係ヲ生シ(三)唯第三國ト第三國トハ常時國際法ノ關係ヲ存ス」ト故ニ戰爭ヲ以テ單ニ交戰國間ノ關係ト爲スハ今日ノ國際法ニ合セサルノミナラス之ヲ誤解スルトキハ往往文明國等ヲシテ東洋等ニ對シテハ戰爭ノ事實アルモ第三國ハ之ニ對シテ中立ノ義務ヲ負ハス等ノ不當ナル口實ヲ與フルコトアリ故ニ苟モ國際法上ノ戰爭ト云フトキハ必ス交戰國間ニ非常ナル權利義務ヲ生スルト同時ニ第三國ニ中立義務ヲ負ハシムルモノナラサルヘカラス

「ラーストレーキ」曰ク戰爭ニ至ラサル國際爭議ハ第三國ニ關係ヲ生セス然レト

雜報

○講談會 本月十六日午後一時本校第一講堂ニ於テ講談會ヲ開キタリ當日ハ近來稀ナル盛會ニシテ聴衆ハ講堂ニ充溢シ圖書閱覽室ヲ開通シタルモ尙ホ狹隘ヲ感シ一時四十分ニハ滿員ニ付キ入場謝絶ノ揭示ヲ出スノ已ムコトヲ得タルニ至レリ今左ニ講演ノ大要ヲ記サン

第一席ハ法學博士寺尾亨氏ニシテ「國際法ノ將來」ト題シ國際法現在ノ狀態ヨリ説キ起シ國際法ハ未タ幼稚ノ時代ニ在リト雖モ其存在ニ付テハ殆ト疑ナク世界ノ各國並ニ人類ガ真正ノ文明ヲ希望シ之ニ向ヒテ進行スルニ伴ヒ國際法ハ益完全ノ法律タルニ至ルヘシト説キ第二席ハ法學博士富谷銚太郎氏ニシテ「商號ニ就テ」ト題シ商號ノ性質ヨリ營業ニ關スル特許商標等ノ出願ニハ商號ヲ用フルコトヲ得サルコト及ヒ其理由ヲ說明シ訴訟上商號ハ本人ヲ表示スルノ效力アリヤ否ヤノ問題ニ至リテ獨逸ノ法制及ヒ其沿革ヲ説キ之ニ對スル積極消極二説ノ論據ヲ舉ゲテ我現行法上消極説ノ至當ナル旨ヲ論述シ第三席ハ法學

博士富井政章氏ニシテ法人ノ本性下題シ法人ヲ沿革ヨリ公益法人ト公法人トノ區別ヲ説キ人格ノ基本ニ及ヒ法人ニ關スル學說ヲ學分現今ニ於ケル二大學説ト稱セラルル擬制説並ニ自然存在説ト共ニ法人ノ基礎タル人格ノ觀念ニ誤アルモノニシテ人格ハ法ニ由リテノミ之ヲ享有スルモノナリト説キ第四席ハ法律學士古賀廉造氏ニシテ賭博罪ニ就テ演題ヲ置キテ賭博罪ノ性質賭博ヲ謂スル理由賭博ノ區域ヲ説キ現行法ト改正草案トヲ比較シテ改正案ニ偶然ノ餘蘊ニ關シテ文字ヲ加ヘタル理由ヲ説明セラレタリ尙ホ秋山中山兩教授主任ハ諸事ニ幹流セラレ秋山學士ハ富谷博士ノ後ニ暫時時間ニ餘裕アリシヲ以テ國際公法ノ主體ニ付キ演説セラレタリ

○高等科擔任講師ノ變更 高等科應用經濟學擔任講師有賀長文氏ハ差支メ爲メ辭任セラレタルニ由リ其後任ヲ久保講師ニ囑託シタリ
○第二年級編入試験 同試験ハ去ル二月十七日ヨリ二十一日マテ執行シタリ其問題左ノ如シ

法學通論 (中村博士)

- 一 法律トハ何ゾヤ
- 二 法律ノ效力ヲ説述スヘシ

法 (竹井學士)

- 一 領土ノ性質ヲ論セヨ
- 二 帝國議會ノ國法上ノ地位ヲ論スヘシ
- 三 立法行政及司法ノ意義ヲ詳述セヨ
- 三問ノ中隨意二問ヲ選ビテ答フヘシ

民法總則 (塚田學士)

- 一 法人設立ニ關スル主義ヲ論評スヘシ
- 二 取得ニ於テ設立シタル社團法人ハ民法施行地内ニ於テ人格ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否

民法總則 (若槻學士)

- 一 契約ノ申込ヲ受ケル者方申込者ニ對シテ承諾ノ旨ヲ回答シタル場合ニ於テ表意者方承諾ノ通知ヲ發シタル時ト承諾ノ通知ヲ相手方ニ到達シタル時ノ間ニ於テ相手方カ發給產者トナリタルキハ表意者ハ其承諾ヲ以テ相手方ニ對抗スルコトヲ得ルヤ否
- 二 債務者カ期限ノ利益ヲ失フ場合ヲ列舉シ其理由ヲ說明スヘシ

民法物權 (中山學士)

- 一 物權ト債權トノ差別ヲ舉ゲヨ
- 二 準占有ハ物權ナリヤ
- 三 占有權ト準占有トノ差別ヲ舉ゲヨ
- 四 占有權ノ效力ヲ列舉セヨ
- 五 所有權ノ種類ヲ說明セヨ
- 六 共有權トハ如何

- 七 水小作人ノ權利及義務ヲ説明スヘシ
- 八 水質ニ亙ル地上權ヲ設定スルコトヲ得ルヤ
- 九 地上權ノ消滅原因ヲ列記セヨ
- 十 入會權ハ管轄法ノ上ニ於テ如何ナル權利ニ屬スルヤ
- 以上十問中二問ヲ選ミ答案ヲ出スヘシ
- 一 如何ナル標準ニ依リテ是非ノ辨別ノ有無ヲ知ル乎 (古賀學士)
- 二 正犯實行中ニ之ヲ幫助シタル者ノ處分如何 (中村博士)
- 三 國際公法(平時)
- 一 並外法權ノ性質如何
- 二 條約ノ要素ヲ述ヘヨ
- 一 國際公法(非常) (高橋博士)
- 二 戰爭ハカノ爭ナリヤ又權利ノ保護ヲ目的トスルヤ
- 三 廢止中立トハ如何
- 右三問中一問ヲ選ヒ答フヘシ
- 經濟學 總論 (久保講師)
- 一 自由競爭ヲ詳論セヨ
- 經濟學 各論 (矢作學士)
- 一 效用ト價值トノ關係ヲ説明スヘシ
- 二 銀行ノ預金業務トハ如何ナルモノナルヤ
- 三 日英同盟ノ我國ノ經濟上ニ及ボス影響ヲ論スヘシ
- 右ノ三問中隨意二問ヲ選ミ答フヘシ

(注意) 校外生月謝納付ノ際ハ必ス本紙ヲ切抜キ居所、氏名及爲替番號、金額、並ニ學年別、月謝ノ月別若クハ何月分ヨリ何月分迄ト記入シ爲替券ニ添附スルモノトス

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也
居所

明治三十五年
月 日
和佛法律學校會計局御中

納付書

爲替番號 ()

一金

但第 學年 月分月謝

右納付候也
居所

明治三十五年
月 日
和佛法律學校會計局御中

校外生規則摘要

一 講義録ヲ分チテ第一學年、第二學年、第三學年ノ三部トス

一 講義録ノ掲載科目左ノ如シ

- 第一學年 法學通論、民法(第一編及第二編第六章マテ)、刑法(總論)、憲法、國際法、經濟學
- 第二學年 民法(第三編)、商法(第一編、第二編、第三編)、刑法(分論)、民事訴訟法(第一編、第二編)、刑事訴訟法(時政學)
- 第三學年 民法(第二編第七章以下、第四編、第五編)、商法(第四編、第五編)、民事訴訟法(第三編以下)、破産法、行政法、國際私法

一 講義録ハ毎月六回左ノ期日ニ發行ス

- 第一學年 五日、二十日、第二學年 十日、廿五日、第三學年 十五日、三十日(但二月三限リ來日)

一 校外生ハ何時ニテモ入學スルコトヲ得

一 月謝金左ノ如シ

- 第一學年 金三十錢 第二學年 金四十錢
- 第三學年 金五十錢 全學年 金一圓

一 月謝ハ郵便爲替、銀行小切手、通運早速便便ヲ以テ東京市麴町區富士見町六丁目十六番地和佛法律學校會計局宛ニテ送付スヘシ

明治二十二年十二月九日內務省許可
明治三十四年十一月四日第三種郵便物認可

明治三十五年三月十九日印刷
明治三十五年三月二十日發行

(定價金貳拾錢)

東京市牛込區東横町十七番地

編輯兼發行者 松田久次郎

東京市牛込區矢來町三番地

印刷者 小宮山信好

東京市芝區四ノ久保明舟町十一番地

印刷所 金子活版所

東京市麴町區富士見町六丁目十六番地

發行所 和佛法律學校

司法省指定

(電話番町百七十四番)